

G. B. BIAVASCHI

ORIGINE

DELLA

Forza obbligatoria delle norme giuridiche

Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι
νόμοι ὑπὸ ἐνὸς τοῦ θεοῦ.

Tutte le leggi umane rampollano
da una legge divina.

ERACLITO, *Stob. serm. III. 84.*

TESI DOTTORALE

presentata alla Facoltà giuridica dell' Università di Friburgo (Svizzera)

e approvata ai 28 febbraio 1907



UDINE * * * * *

TIP. DEL "CROCIATO"

1907 * * * * *



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545315_0065

G. B. BIAVASCHI

ORIGINE

DELLA

Forza obbligatoria delle norme giuridiche

Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι
νόμοι ὑπὸ ἐνὸς τοῦ θεοῦ.

Tutte le leggi umane rampollano
da una legge divina.

ERACLITO, *Stob. serm. III. 84.*



TESI DOTTORALE

presentata alla Facoltà giuridica dell'Università di Friburgo (Svizzera)

e approvata ai 23 febbraio 1907



UDINE * * * * *

TIP. DEL "CROCIATO"

1907 * * * * *

Proprietà letteraria

A' MIEI BUONI GENITORI

AGLI ZII

ROSA E GIACOMO BIAVASCHI

AL D.^r LAMPERT

DELL' UNIVERSITÀ DI FRIBURGO

NEL CORSO DEGLI STUDI

GUIDA PER ME AFFETTUOSA SOLERTE

QUEST' UMILE LAVORO

CARO RICORDO DE' MIEI ANNI GIOVANILI

PEGNO DI RICONOSCENZA IMPERITURA

DI AFFETTO INTENSO SINCERO

DEDICO

INDICE

Introduzione	pag. 1
------------------------	--------

CAPO I.

Teorie che spiegano la forza obbligatoria del diritto, mediante una certa qualifica dei fattori producenti il diritto stesso	» 3
§ 1. — La volontà onnipotente dello Stato	» »
§ 2. — Il contrattualismo	» 10
§ 3. — J. J. Rousseau e la volontà generale	» 16
§ 4. — Istorismo giuridico	» 22

CAPO II.

Teorie che fanno astrazione dal fattore produttore il diritto e fanno dipendere la forza obbligatoria da una certa qualità del contenuto delle norme	» 31
§ 1. — Congruenza delle norme colla natura umana (Grotius)	» »
§ 2. — Congruenza colla ragione soggettiva (Kant)	» 35
§ 3. — Congruenza colla ragione collettiva del razionalismo	» 45
§ 4. — Congruenza coll'armonia dell'interesse	» 50

CAPO III.

Separazione del diritto dalla morale	» 54
--	------

CAPO IV.

L'autorità legittima e il « justum » oggettivo, misura adeguata della forza obbligatoria delle norme giuridiche	» 71
§ 1. — Socrate, Platone, Aristotile	» »
§ 2. — Cicerone	» 81
§ 3. — S. Agostino	» 86
§ 4. — S. Tommaso d'Aquino	» 91

CAPO V.

Teorie che vogliono le norme giuridiche osservate mediante la fisica coazione fatta astrazione da ogni elemento etico	pag. 105
--	----------

CAPO VI.

Difficoltà psicologiche	» 113
Conclusione	» 119
Fonti principali	» 120

INTRODUZIONE

È della natura di ogni scienza il porre come base delle sue deduzioni, dei principî rigorosamente stabiliti; è anzi questa la sola via per procedere rettamente e riuscire a bene. Questo che diciamo di ogni scienza, lo si deve pur dir del diritto. Invero, quale il concetto, tale sarà pure la soluzione del problema giuridico; l'idea chiara, esatta di quello, questa solo può far sperare un risultato scientifico.

« La nozione del diritto », scrive Bergbohm, « resta il punto culminante di ogni concetto giuridico, di ogni giudizio, di ogni sistema, cioè a dire, il concetto capitale della giurisprudenza nel suo significato più largo ¹⁾ ». Nella giurisprudenza accade come nella biologia; lo studio dell'organismo assorbe completamente; pochi sanno assorgere al principio informatore che domina sovrano al disopra della materia, che questa avvisa, compenetra della sua forza vitale.

Molto a proposito tornano qui le parole del Merkel, troppo spesso dimenticate dai contemporanei: « Alla questione: che cosa sia, da che dipenda la forza obbligatoria delle norme giuridiche, s'ha dato finora, ad onta dell'importanza per la scienza giuridica generale, il minimo interesse scientifico ²⁾ ». Il diritto è intimamente congiunto colla morale, non si confonde con questa, non è sinonimo, bensì parte integrante; l'ordine etico abbraccia il giuridico, non viceversa; togliete quello da questo, separate l'uno dall'altro, il diritto perderà la sua efficacia. Non più obbligazione, non più diritto, non più un complesso teleologico di norme e di principî, un sistema armonico dove l'esperienza s'accorda alla speculazione, l'analisi alla sintesi, ma s'avrà un residuo amorfo, un corpo inorganico.

L'ordine giuridico è una parte essenziale dell'ordine etico, la forza obbligatoria non è circoscritta al diritto positivo; si esplica in questo,

¹⁾ *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, (1892) I. pag. 72: « Der Rechtsbegriff bleibt der Kulminationspunkt aller juristischen Begriffe, Urteile und Systeme, der Kapitalbegriff der Jurisprudenz im allerweitesten Sinne ».

²⁾ *Philos. Einleitung in die Rechtswissenschaft*, in HOLTZENDORFFS *Encyklopädie*, (5. Aufl. 1890), pag. 13: « Der Frage, was die verpflichtende Kraft der Rechtsbestimmungen sei und wovon sie abhängige, hat sich bisher trotz ihrer Bedeutung für die allgemeine Rechtslehre nur ein geringes wissenschaftliches Interesse zugewendet ».

ma le sue radici son più profonde, il succo di vita emana dall'ordine morale, l'ultima nozione si trova in Dio, sorgente del diritto e dell'obbligazione.

Non è dunque privo di attualità, d'importanza, il prendere a disamina una questione delle più vitali, ossia l'origine della forza obbligatoria delle norme giuridiche, tanto più che presentemente, tutt'altro che chiarezza, vi scorgiamo in proposito molta confusione. Chi si facesse a osservare un po' la letteratura filosofico-giuridica d'oggi resterebbe presto convinto di questa triste, e pur incontestabile verità. Ora tutto il problema, ben considerato, si riduce ad una domanda: Può lo Stato sì o no, dettare delle norme aventi una forza obbligatoria vera? Se lo può, vogliamo conoscerne il perchè.

Il diritto oggettivo tende necessariamente a far nascere un dovere, o meglio, è proprio della legge il legare, l'indurre un obbligo nella coscienza, comminando un castigo a chi vi si volesse sottrarre.

Ora donde attinge l'autorità politica il potere di obbligare i sudditi?

V'è chi risponde che esso dipende da una certa qualifica dei fattori che producono il diritto oggettivo, cioè, secondo le diverse scuole, dalla volontà onnipotente dello Stato, dall'autorità contrattuale, dalla volontà generale, o infine dallo spirito popolare.

Altri fanno astrazione dal fattore che produce il diritto e subordinano la soluzione ad una certa qualità del contenuto delle norme; ossia, secondo le diverse opinioni, alla congruenza colle esigenze della natura umana o colla ragione, soggettiva secondo Kant, collettiva secondo il moderno liberalismo, o alla congruenza coll'armonia dell'interesse. Qui frapperremo la separazione del diritto dalla morale come logica conseguenza dell'insegnamento kantiano.

Una terza corrente cerca di conciliare gli estremi delle due prime per mezzo d'un ordine teleologico oggettivo, aventi le basi nell'ordine etico; riunisce cioè l'autorità del fattore produttore il diritto e il giusto oggettivo.

Altri, il materialismo della forza, non dubita asserire che il diritto non è che una mera organizzazione coercitiva, senza che c'entri affatto l'elemento etico.

Infine v'ha chi oppone delle difficoltà psicologiche, il determinismo.

CAPO I.

Teorie che spiegano la forza obbligatoria del diritto mediante una certa qualifica dei fattori producenti il diritto stesso.

§ 1.

La volontà onnipotente dello Stato.

1. Fin dalla più remota antichità troviamo dei partigiani di questa teoria. Diogene Laerzio ci dice che la differenza tra giusto e ingiusto, tra buono e cattivo non è posta nella natura delle cose, ma nelle leggi positive ¹⁾. Calicles insegna che da natura non dassi altro diritto se non quello dei più forti, che è meglio essere ingiusti che soffrire l'ingiustizia ²⁾. Aristippo fa dipendere la misura del giusto e dell'ingiusto dalle leggi umane e dalla consuetudine ³⁾. Carneade vuole invece che l'utilità abbia spinto gli uomini a inventare delle leggi variabili a seconda dei tempi e dell'uso ⁴⁾.

Hobbes (1588-1679), che più d'ogni altro visse e operò in un periodo rivoluzionario, nel quale a' diritti e a' doveri non si badò affatto, riprese questa teoria, e ne fece un sistema più chiaro e completo.

Ammette Hobbes che il diritto naturale proibisce l'omicidio, il furto, l'adulterio e ogni altra ingiustizia; ma vuole che, nella società costituita, spetti allo Stato il determinare ciò che è ingiusto, non al *jus naturae*.

Lo Stato solo definisce i limiti del bene e del male; la sua potenza è norma assoluta di ogni diritto concernente la società: « Quoniam ergo », scriv'egli, « regum est discernere inter bonum et malum, iniquae sunt illae quanquam quotidianae voces: Regem esse, qui recte facit.

Et regibus non esse obtemperandum, nisi justa praeceperint, et aliae similes. Ante imperia, iusta et iniusta non extitere, ut quorum natura ad mandatum sit relativa; actioque omnis sua natura adiaphora est. Quod

1) DIOG. LAER, II, 16: τὸ δίκαιον εἶναι καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐκ φύσει ἀλλὰ νόμῳ.

2) PLATO, Rep. 344 c: τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τι ἢ τὸ τοῦ κρείττονος ὑμψέρον.

3) DIOG. LAER, II, 93: μὴδὲν εἶναι φύσει δίκαιον, ἢ καλὸν ἢ αἰσχρὸν, ἀλλὰ νόμῳ καὶ ἔθει.

4) CICERO, *De Republica*, III, 12.

iusta vel iniusta fit, a iure imperantis provenit. *Reges igitur legitimi, quae imperant, iusta faciunt imperando, quae retant retando iniusta* ¹⁾.

2. Come Hobbes così Spinoza (1632-1677) sostiene essere lo Stato una conseguenza della paura e dell'egoismo e non soggiacere esso a veruna legge superiore: « Jus naturale uniuscuiusque hominis non *sana ratione*, sed cupiditate et potentia determinatur ²⁾ ».

Dio ha diritto a tutto perchè tutto abbraccia, ma nell'ordine naturale s'estende il diritto quanto la potenza; l'uno permette all'altro di maggiormente svilupparsi, così nella potenza comune di tutti vuole la massima potenza dei singoli, ivi la sola base del dritto. I moderni positivisti Bentham ³⁾, Darwin ⁴⁾, H. Spencer ⁵⁾, A. Comte ⁶⁾, condividono in gran parte lo stesso modo di vedere.

Come seguaci di quest'orientamento possiamo ancora ricordare J. H. v. Kichmann ⁷⁾, Ed. v. Hartmann ⁸⁾, Ad. Lasson ⁹⁾ R. v. Jhering ¹⁰⁾, Wilh. Wundt ¹¹⁾, L. Gumplowicz ¹²⁾, Neucamp ¹³⁾, Berghohm ¹⁴⁾ e Bornak ¹⁵⁾.

¹⁾ *Elementa phil. de Cive*, (Amstellod. 1760) c. 12 n. 1.

²⁾ *Tractatus theol. pol.* (Hamburg 1670) c. 16, §. 2; Cfr. *Tract. pol.* (1677) c. 2, §. 17.

³⁾ Cfr. *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1789).

⁴⁾ *Descent of man* (1858).

⁵⁾ *Principles of ethics*, (London 1893); *Principles of Sociology* (2 edit. 1885).

⁶⁾ Cfr. *Cours de philosophie positive* I-VI (edit. de 1893).

⁷⁾ *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, (Berlin 1869), pag. 137: « Das Gebot ist der *alleinige* und zugleich *letzte* Grund des Moralischen wie des Rechts ».

⁸⁾ *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, (1879), pag. 497: « Die *Rechtsordnung* setzt den Staat (im weitesten Sinne des Wortes) voraus und ist nur im Staate möglich ».

⁹⁾ *System der Rechtsphilosophie*, (1882), pag. 412: « Es gibt daher nur eine eigentliche Rechtsquelle, nämlich eben den Willen des Staates, und das Recht wird ohne Ausnahme oder Einschränkung daran erkannt, dass der Staat es anerkennt und mit seiner Macht durchsetzt ».

¹⁰⁾ *Zweck in Recht* vol. I. (1877), pag. 319: « Nur diejenigen von der Gesellschaft aufgestellten Normen verdienen den Namen des Rechts, welche den Zwang.... den Staatszwang hinter sich haben, womit denn implicite gesagt ist, dass nur die vom Staat mit dieser Wirkung versehenen Normen Rechtsnormen sind oder dass der Staat die alleinige Quelle des Rechts ist ».

¹¹⁾ *Ethik* (2 Aufl.) pag. 215.

¹²⁾ *Allgemeines Staatsrecht*, (1897), pag. 341.

¹³⁾ *Einleitung in die Entwicklungsgeschichte des Rechts*, (1895).

¹⁴⁾ Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892).

¹⁵⁾ CONRAD BORNAK, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1896) pag. 79: « Jedes subjektive Recht trägt also die Bindung und die rechtliche Verpflichtung des anderen Rechtssubjektes in sich. Beide sind untrennbar, das eine ohne das andere undenkbar ».

Legt man diesen Begriff des subjektiven Rechtes unter, so steht die Anerkennung eines solchen gegenüber dem Staate mit dessen Wesen in Widerspruch und ist eine innere Unmöglichkeit.

Der Staat ist im Verhältnisse zu den Staatsangehörigen die rechtlich un-

3. Che pensare della Staatsmachtwille? Essa parte da un punto di vista affatto empirico. Hobbes prende a base delle sue investigazioni una società anormale qual'era quella sotto Cromwell, e crede tuttavia poter dedurre delle conclusioni generali, autorevoli, che esso proclama diritto naturale.

A noi però non consta che si possa avere per giusto quanto l'autorità politica comanda, per ingiusto quanto essa proibisce; simile ipotesi conduce per necessità al despotismo assoluto, alla assoluta schiavitù; tirannide da una parte, anarchia, rivoluzione dall'altra. Di fatti, questa teoria, presa come suona, nega, o può negare, ogni diritto personale e di famiglia; meglio ancora, può dichiarare gli stessi diritti come qualche cosa d'ingiusto, di sleale per il semplice motivo che ne proibisce l'uso ¹⁾.

L'individuo è qui sacrificato in tutto e per tutto; il cittadino è la vittima dello Stato come lo schiavo romano era la vittima del *dominus* ²⁾.

4. Nella mente di Hobbes e de' suoi seguaci, non è il diritto che precede; esso segue la formazione dello Stato, o meglio, ne è il prodotto esclusivo.

Tale asserzione manca di base, è falsa. Invero, il potere di far leggi deve esser limitato dal fine proprio dello Stato; il fine e l'autorità del potere politico sono in perfetta armonia fra loro; quello è misura di questa. Lo Stato può quanto è necessario al conseguimento del suo fine;

beschränkte und unbeschränkbare allbeherrschende Rechtspersönlichkeit. Da er als Quelle der Rechtsordnung über ihr steht, kann er sich seinen Angehörigen gegenüber nie rechtlich verpflichten. Selbst wenn er dies im Widerspruche mit seiner eigenen Natur thun wollte, würde ihn nichts hindern, die übernommene Verpflichtung, deren sich der angeblich Verpflichtete jederzeit mit Rechtswirkksamkeit entschlagen kann, ist aber überhaupt keine Verpflichtung im rechtlichen Sinne mehr ».

¹⁾ A. LEHMKUHL, *Der Gehorsam gegen die menschlichen Gesetze*, (Stimmen aus M. Laach vol. 13) pag. 39: « haben nicht die Eltern ein Recht auf ihre Kinder, hat der Besitzer nicht ein Recht auf seine Güter, der Herr ein Recht auf die Dienstleistungen seiner Knechte, jeder Mensch ein Recht auf seine Erhaltung? Hat nicht jeder ein Recht zu leben, sich zu ernähren, sich geistig zu bilden?

Oder hat der Staat wirklich erst alle diese Rechte gegeben? Hat er seinen Bürgern wirklich Leben, Wasser und Luft zuertheilt? Hat vielleicht Gott, der Herr des Lebens, welcher freilich ein unbeschränktes Recht auf alle Menschen und auf den ganzen Menschen hat, ohne andere Schranken in dessen Ausübung, als welche seine unendliche Heiligkeit und unwandelbare Weisheit selber ziehen, hat etwa Gott, sagen wir, den Schuldbrief, nach welchen der Mensch Alles ihm dankt, seinen Händen entfallen lassen, oder ihn dem Staate eingehändigt? Wenn aber der Staat nicht die Quelle alles Rechts ist, so liegt die Folgerung nahe, dass der Einzelne Rechte besitze, welche jedenfalls der Staat nicht eigenmächtig eingreifen kann ».

²⁾ LIESKER *Über die Berechtigung der antimonistischen Tendenzen innerhalb der staatl. Gesellschaft* (Freiburg i. d. Schweiz 1899) pag. 66: « Wer nach den Auffassungen einer extremen Rechtsphilosophie die Identität von positiven Gesetz und Recht proklamiert, der ist mit Hobbes genötigt, manches Gebilde autoritärer Tyrannien und reinsten Willkür in das Gebiet des Rechts hinein-zuziehen ».

negare tale principio è sostenere che l'autorità è tenuta all'impossibile, vale a dire, a conseguire un fine con mezzi insufficienti.

Se quindi la società ha un fine, limite del suo tendere, sarebbe assurdo il sostenere ch'esso fine dipenda dal beneplacito di essa; se ciò fosse ogni Stato potrebbe far valere le proprie mire come fine ontologico della società. Questo assurdo è, per altra parte inevitabile, se pure non si voglia ammettere che lo Stato come società giuridica è tale da esigere necessariamente un ordine giuridico preesistente, che ne renda possibile la formazione ¹⁾.

Il principe, osserva lo Stahl, non ha il potere quasi qualche cosa d'innato nella sua persona, ma come inerente alla natura stessa della società; perciò non lasciato al capriccio della sua volontà, a un suo intento privato, ma circoscritto e determinato dal fine e in armonia colle leggi della società ²⁾.

La società, come verrà dimostrato nel paragrafo seguente, è conseguenza naturale, necessaria di nostra natura, di un ordine teleologico che costituisce e determina le relazioni fra i membri, senza di che non potrebbe sussistere, molto meno conseguire il suo fine. Ma una teleologia ammirabile che abbraccia i tempi tutti e tutti i popoli non dipende, non può dipendere dalla volontà creata, volubile, precaria. La natura dell'ente sociale afferma quindi l'esistenza di un ordine etico-giuridico, non opera dello Stato; lo Stato presuppone una organizzazione e quindi appare fin dalle origini come ordinato ³⁾.

Si noti bene; siam ben lungi dal negare allo Stato il potere di emettere delle leggi obbligatorie; è questa una caratteristica inerente alla natura dello Stato. Contestiamo solo ch'egli sia o possa essere la norma ultima, assoluta del diritto, pel motivo che non può dettare le prime

¹⁾ A. M. WEISS, *Soziale Frage und soziale Ordnung*, IV Bd. der *Apologie des Christenthums* (II Aufl. Freiburg i. B.) pag. 576: « So lange also die Versuche des Staates nicht endigen, die Gesellschaft durch den Staat zu ersetzen, ist es der Staat selbst, der sich die Revolutionen zuzuschreiben hat ».

²⁾ *Staatslehre oder die Principien des Staatsrechts* (1856) pag. 141: « Der Fürst hat die Gewalt nicht als in seiner Person, sondern als im Wesen der Anstalt entsprungen, daher auch nicht nach seinem Privatwillen und zu seinem Privat Zweck, sondern begränzt und bestimmt durch den Zweck und nach dem Gesetze des Anstalt ».

³⁾ V. CATHREIN. *Die Aufgaben der Staatsgewalt und ihre Grenzen* (Freiburg .. B. 1882) pag. 51: « Es gab eine Zeit, wo keine Staaten und keine Staatsgewalten bestanden. Wer hat nun die Staatsgewalt in's Dasein gerufen? Nicht sie selbst. Denn kein Ding kann sich selbst aus dem Nichts hervorbringen und Niemand sein eigener Vater sein. Folglich hat sie auch nicht sich selbst das Recht verleihen können, für Andere Rechtsquelle zu sein. Denn dieses Recht ist unzertrennlich von ihrem Dasein; sobald eine Staatsgewalt besteht, hat sie das Recht, der Gesellschaft Gesetze zu geben oder für sie positive Rechtsquelle zu sein, und dieses Recht bildet die nothwendige Voraussetzung für jeden ».

leggi senza un potere legislativo che sia tale e da tanto da indurre una obbligazione. Se così fosse, lo Stato verrebbe a farsi Dio, arrogandosi una potestà assolutamente ingiustificata ¹⁾.

Nessuna istituzione di Stato, per quanto perfetta, per quanto diuturna, è abbastanza stabile da offrire una garanzia sufficiente, da dare al pensiero giuridico una espressione sicura, di tal guisa che la legge sia in ogni caso anche una norma di diritto; chè, se tutte le norme dello Stato fossero diritto, non potrebbe questi essere ingiusto, la legge giusta non si distinguerebbe più dalla ingiusta, l'una e l'altra essendo rivestite della medesima legalità ²⁾.

Se anche lo Stato precedesse il diritto, non s'avrebbe poi che un diritto subiettivo, la cui origine non può essere un diritto oggettivo senza incorrere in un circolo vizioso. Ora, appunto perchè la facoltà legiferante dello Stato, come diritto soggettivo presuppone una norma giuridica nella quale si radica, come pure un popolo organizzato, ripugna che questa stessa facoltà sia causa prima dell'ordine giuridico. Parimenti, se lo Stato fosse l'ultima fonte del diritto, sarebbe il diritto internazionale inesplicabile, per la ragione che nel diritto internazionale gli Stati entrano in scena solo come portatori di diritti e di doveri subiettivi, che però, a loro volta, devono necessariamente emanare da un ordine giuridico.

Da mille e più anni a questa parte, giuristi e non giuristi, sono unanimi nel riconoscere il diritto ecclesiastico; ma dal momento che si ha lo Stato come sola fonte del diritto, negasi implicitamente il diritto canonico.

5. Certi giuristi fanno qui una concessione; ammettono che lo Stato non preceda il diritto, vogliono però che l'uno e l'altro siano sorti assieme, in intima unione ³⁾.

Questa concessione spostata i dati, non scioglie la difficoltà. Poco

¹⁾ Cfr. V. CATHREIN, *Die Aufgaben der Staatsgewalt* l. c. pag. 50, ss.; *Recht, Naturrecht und positives Recht* (Freiburg i. B. 1901) pag. 76, ss.; *Moralphilosophie* vol. I (Freiburg i. B. 1904) pag. 469 ss.

²⁾ A proposito osserva G. I. LIESKER, l. c. pag. 6, che il prodotto « einer legislativen Willenserklärung der kompetenten Organe des Staates ist zwar Gesetz, nicht aber immer Recht ».

³⁾ SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates* (Tübingen 1905) pag. 44 : « Wie das Verhältnis von Staat und Recht in ihrer ursprünglichen Erscheinung zu einander darin besteht, dass weder das Recht ein der Entstehung des Staates nachfolgendes Produkt desselben, noch der Staat eine Schöpfung vorstaatlichen Rechtes ist, dass vielmehr beide in unlösbarer Verbindung miteinander in der psychischen Wechselwirkung der einzelnen ihre gemeinsamen Wurzeln haben, so gilt dasselbe Verhältnis für alle Zeiten zwischen dem Staat und seiner konstitutiven Rechtsordnung. Mit andern Worten: *Der Staat ist nicht nur mit dem Rechte und im Rechte geboren, sondern kann auch fortdauernd nur im Rechte leben* ».

importa che il diritto nasca dopo o collo Stato; nell'una come nell'altra ipotesi si pone l'alternativa: O il diritto viene alla luce ispirato all'ordine teleologico generale che lo giustifica; o astrazione fatta dallo stesso.

Nel primo caso avremo un vero diritto; nel secondo segua il diritto, o sia concomitante al sorgere dello Stato sarà il precetto una mera norma soggettiva, e noi potremo chiedere allo Stato con quale autorità esso pretende comandare, esigendo l'obbedienza. Ciò non si spiega, se non supponendo lo Stato investito di un diritto generale che ne giustifichi le esigenze, e imponga ai sudditi l'obbligo di chinare il capo e ubbidire.

Ma questo presuppone un diritto subiettivo, e sorge l'alternativa: o d'invocare una norma oggettiva, eguale per tutti i tempi, per tutti i popoli; o di abbandonarci ciecamente all'arbitrio dello Stato, disposti a subirne le fatali conseguenze. « Il diritto precede lo Stato, » scrive Igino Petrone, « e lo rende possibile.

Il naturalista che concepisce il diritto come il prodotto puro e semplice della volontà dello Stato, dimentica che lo Stato, astratto dal diritto, non è più Stato, ma moltitudine amorfa, e che egli deriva il diritto dallo Stato dopo avere *anticipatione mentis* derivato lo Stato dal diritto. A lui difetta il discernimento critico necessario per comprendere che il termine dal quale egli muove non è il *prius* della ricerca: è il *posterius*. Se, giusta il luminoso intelletto del Vico, è natura dei principi che *da essi primi le cose escano ed in essi ultimi vadano a terminare*, il diritto è quel principio che non solo esprime il termine finale della fenomenologia, ma ne esprime altresì il termine iniziale.

Tra questi due estremi, speculati dalla sintesi filosofica, procede la serie dei termini medi, differenziati ed analizzati dall'empirismo ¹⁾ ».

6. Nella negazione di ogni diritto divino, possiamo riconoscere la negazione di ogni diritto, di ogni legge umana; chè, non si dà, non può darsi un diritto vero, la cui forza obbligatoria non rivendichi, direttamente o indirettamente un'origine divina ²⁾.

Un diritto poi immediatamente divino o umano, può solo esistere quando vi sia un diritto valido per sè stesso, che serva cioè al primo di legittimazione. V'ha dunque un diritto divino, sia etico, sia positivo o non v'ha. Se no; non fa più meraviglia l'onnipotenza dello Stato. Che il monopolio esagerato del diritto porti alla negazione di ogni diritto divino, è chiaro. Riconoscere lo Stato come istituzione preesistente all'or-

¹⁾ *La Fase recentissima della Filosofia del diritto in Germania* (Pisa 1895) pag. 137. Cfr. R. SCHMIDT, *Staatslehre* vol. I pag. 166 ss.

²⁾ Cfr. TH. MEYER, *Institutiones juris natur.* vol. I (Freiburg i. B. 1885) pag. 384 ss.; V. CATHREIN, *Moralphilosophie* vol. I, pag. 516 ss.

dine giuridico o concomitante, è lo stesso che dichiarare il diritto, *ut sic*, un prodotto essenziale della volontà umana, è un affermare che l'uomo è sovrano, illimitato padrone al di sopra del Creatore; è come riconoscere che l'uomo, emancipato dal libero servizio di Dio, sia fatto schiavo dal suo simile; breve, è togliere il mezzo di ricorrere ad un'autorità superiore erigendo l'assolutismo a principio nel suo più umiliante significato, degradare, avvilitare la persona umana nel tempo stesso che si proclama solennemente e si vuol esigere *la libertà di coscienza*.

7. Qualcuno potrebbe qui obiettare che poco importa del giusto e ingiusto metafisico, che noi si vive di realtà, non di nozioni astratte, che dunque una legge, riconosciuta che sia dallo Stato, assume la caratteristica di legale, di giusta, s'applica senz'altro.

Quegli che così ragionasse, dimenticherebbe che ogni diritto ha per correlativo necessario il dovere; dimenticherebbe che non si può concepire una vera legge senza la rispettiva obbligazione, sotto pena di avere un precetto vuoto di senso e di realtà. Or bene, come vedremo a suo tempo, non v'è obbligazione se non nell'ordine etico, essendo la forza materiale impotente a indurre un dovere nel foro della coscienza; quindi la necessità assoluta per ogni legge di conformarsi alla morale per così assumere la vera caratteristica di obbligatoria.

Qui è bene osservare che molti fra i nostri avversari, riconoscono che lo Stato non è l'unica fonte del diritto; che qualsiasi comunità capace di ordinare le relazioni de' suoi membri, può portare delle norme giuridiche ¹⁾.

Ma per spiegare la fonte ultima del diritto, non basta riconoscere a lato dello Stato delle istituzioni che possono, e in realtà emettono delle leggi, giacchè se lo Stato è impotente a giustificare l'ordine giuridico, che precede necessariamente la sua esistenza, per lo stesso motivo lo saranno le altre società e istituzioni prese ad una ad una. Se poi consideriamo i diversi corpi assieme, saremo sempre ricondotti al punto di partenza, che cioè il puro fatto che lo Stato, che una corporazione, che una società costituita può dettare delle leggi pe' suoi membri, non è una ragione sufficiente del criterio che deve improntare ogni legislazione. La semplice attualità non basta al diritto; solo quando un fenomeno vien riconosciuto dall'ordine giuridico come capace di fondare dei diritti può essere elevato alla dignità giuridica, quando pure non si voglia ammettere la forza fisica qual base dell'obbligazione.

¹⁾ BERNATZIK, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person*, in *Archiv für öffentliches Recht*, V. p. 243; Puchta, Bierling, Scheuerl, Kahl, Merkel, Thon ecc. Cfr. LIESKER, *Über die Berechtigung der antimonistischen Tendenzen* pag. 5 in nota.

L'elemento essenziale per giustificare il diritto che difetta allo Stato, a meno di assorgere a un principio d'ordine superiore, manca pure alle altre istituzioni; sommate assieme collo Stato, aumenteranno le quantità senza cambiare la specifica del risultato, negativo sempre per rapporto alla forza genuina del diritto.

Resta dunque stabilito che lo Stato, che le società e corporazioni, esistenti, o suscettibili di esistenza, non possono, non potranno mai spiegare l'ordine giuridico.

Dunque la Staatsmachtwille, ossia l'autorità del potere coercitivo politico, è impotente a giustificare la forza obbligatoria delle norme giuridiche. Vediamo se l'autorità contrattuale adempia meglio questo compito.

§. 2.

Il contrattualismo.

1. La teoria contrattuale benchè nella evoluzione e nella formazione degli Stati non assumesse un aspetto pericoloso, ebbe però un'eco fin nella più remota antichità.

In epoca meno remota, troviamo degli Stati nei quali il Sovrano è eletto a maggioranza, promette e s'obbliga a combattere l'ingiustizia, a regnare per il bene dei sudditi sotto pena di essere deposto. Si danno pure delle convenzioni fra un sovrano e una città, o tra il sovrano e una classe determinata di cittadini. Nel secolo XVI e XVII si hanno delle tracce più distinte ¹⁾; ad esempio la letteratura dei *monarcomachi* in generale ²⁾.

¹⁾ *Vindiciae contra tyrannos*, a STEPHANO JUNIO Bruto (pseudon. pro Duplessy = Mornay) (1579); Cfr. WEIL, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion* (Paris 1891) pag. 109; TREUMANN, *Die Monarcomachen*, (Leipzig 1895), p. 49.

²⁾ BUCHANAN (1506-1582), *de jure regni apud Scotos* (1570); MILTON, *Defensio pro populo anglicano contra Carlo I*; R. HOOKER, *The laws of Ecclesiastical Polity* (1594) book I-IV; in Morley's Universal-Library (1888) I. 10, pag. 91: « Two foundations there are which bear up public societies, the one, a natural inclination, whereby all men desire sociable life and fellowship; the other an order expressly or secretly agreed upon touching the manner of their union in living together » pag. 93: « To take away all such mutual grievances, injuries and wrongs, there was no way but only by growing unto composition and agreement amongst themselves; by ordaining some kind of government public, and by yielding themselves subject thereunto; that unto whom they granted authority to rule and govern, by them the peace, tranquillity, and happy estate of the rest might be procured ».

Altusius (1556-1638) ¹⁾, Grotius (1583-1645) ²⁾, Puffendorf (1631-1694) ³⁾, parlano della teoria contrattuale. Hobbes doveva però esserne il principale rappresentante, come risulta evidente dalla prefazione al suo *De Cive* e specie al capo VI del medesimo ⁴⁾.

Fuori dello stato sociale, ci dice Hobbes (1588-1679), domina il principio del *ius omnium in omnia*; di là una guerra universale, *bellum omnium in omnes*, dove ognuno lotta per la propria conservazione. Per la tutela poi della medesima si pattuisce un armistizio, nel quale tutti convengono in una sola volontà in tutto quello che riguarda la pace, il che è possibile solo nell'ipotesi che ognuno sottometta la propria alla volontà di una sola persona fisica o morale mediante un secondo contratto.

Così tutti i diritti, tutte le forze, tutti i mezzi di soccorso restano concentrati in un sol capo, che può costringere il singolo e la massa alla conservazione della pace ⁵⁾. Rousseau (1712-1778) riprende la teoria del contratto sociale, ma la traduce nell'assolutismo democratico, dove cioè, i singoli cedono i loro diritti privati, non al principe, sì alla comunità; quegli regna con potestà delegata e, a ogni momento, può esser deposto. Sotto il punto di vista liberale anche Kant segue questo insegnamento, dove il contratto avrebbe per iscopo di assicurare la libertà di tutti e di determinare i limiti dell'autorità politica.

2. Se l'autorità politica nasce per mezzo di una rinuncia e di un contratto da parte di tutti in favore di una stessa persona, il principe; se la norma ultima dell'autorità si riduce ad un semplice patto, noi domanderemo ai nostri avversari una spiegazione che non sembra peranco data.

Osserviamo i varii popoli della terra, dall'Europa all'America, dall'Africa all'Asia e all'Oceania; percorriamo i varii continenti da Nord a Sud; retrocediamo dai tempi presenti ai tempi remoti; troveremo un fenomeno che persiste, si perpetua traverso le rivoluzioni e l'evolversi dei regni, costante sempre, sempre universale, il fatto cioè che dapper-

¹⁾ *Politica* (edit. IV, Herborn 1625), V, pag. 59.

²⁾ *De jure belli et pacis* I, c. 4, §. 7, n. 3.

³⁾ *De jure nat. et gent.* (1672) l. 7, c. 2, §. 7 et 8.

⁴⁾ *De cive*, VI, 20: «Itaque intercedentibus pactis, quibus singuli obligantur et juris donatione, quam ratam habere obligantur imperantes, duplici obligatione civium munitur imperium ea, quae ad concives, et ea, quae est ad imperantem». *Leviathan*, *Introduzione*: «Tanquam si unicuique unusquisque diceret; ego huic homini (vel huic coetui) auctoritatem et jus meum regendi me ipsum concedo, ea conditione, ut tu quoque tuam auctoritatem et jus tuum tui regendi in eundem transferas».

⁵⁾ Cfr. HOBBS, *De Cive* V. 6; VI, 18 e *Leviathan* (1651).

Cfr. TH. MEYER, *Institutiones* l. c., I p. 322; *Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts* (Freiburg i. B. 1868) pag. 188 ss.

tutto v'ha degli uomini associati, sottomessi ad un'autorità suprema, riuniti in un tutto omogeneo, che chiamiamo società, piccola o grande, poco importa pel caso nostro.

Dopo i viaggi e le scoperte fatte dagli esploratori, non fu per anco trovato un sol popolo che, per barbaro che fosse, non avesse, sulle basi della famiglia, dedotto un'organizzazione, creato un'autorità politica, un assieme di diritti per la protezione e pel benessere sociale. Che anzi, quanto più l'organizzazione è perfetta, tanto più rappresenta un coefficiente di civiltà e di progresso.

Ma detta organizzazione contiene tutti gli elementi necessari a formare lo Stato, nè puossi, senza mancare di logica e di criterio, negare la troppo chiara presenza di un fatto tutt'altro che convenzionale.

Una conclusione scientifica, dev'essere contenuta, almeno in germe, nelle premesse. Ora è un fatto costante che l'uomo è nato per la società non solo, ma vive e visse sempre in società.

D'altra parte una costatazione universale esige altresì una causa esplicativa universale; ma detta causa non si trova che nella natura umana. La società, e, in ultima analisi, l'autorità politica, quella essendo inconcepibile senza di questa, non è dunque un risultato contrattuale, bensì la conseguenza spontanea dell'umana natura che partecipa in sommo grado alla teleologia cosmica ¹⁾.

« Il fatto ci mostra dunque, » osserva il Tapparelli, « esser la idea *società umana* una di quelle idee naturalissime, e però verissime che formano quasi un assioma presso ogni *gente* e in ogni *individuo*: e forse appunto per essere così triviale, da molti filosofi non ottenne quell'attenzione che pur meriterebbero tutte le idee più generalmente ricevute, perchè ispirazione genuina di schietta natura ²⁾.

3. Non solo il manifestarsi perpetuo di uomini riuniti in società resta un mistero per i nostri avversari, sì ancora l'impulso sociale che li fa sottomessi all'autorità politica.

Vuoi per quel fine comune verso il quale aspira e tende l'umana natura, fine che non può non far nascere un vincolo sociale, sia pure in un senso lato, che unisca moralmente tutti i singoli uomini; vuoi

¹⁾ WALTER, *Naturrecht und Politik* (Bonn 1871) pag. 49: « Die oberflächliche Richtung der Zeit brachte nach andere Zerbilder vom Staate hervor. Bündig sagt davon Dahlmann: « Der Staat ist keine Erfindung, weder der Noth noch der Geschicklichkeit, keine Actiengesellschaft, keine Maschine, kein aus einem frei aufgegebenen Naturleben hervorspringendes Vertragswerk, kein nothwendiges Uebel, kein mit der Zeit heilbares Gebrechen der Menschheit, er ist eine ursprüngliche Ordnung, ein nothwendiger Zustand, ein Vermögen der Menschheit und eines von den die Gattung zur Vollendung bringenden Vermögen ».

²⁾ TAPPARELLI *Saggio teoretico di Diritto naturale* (Roma, 1900) vol. I, pag. 131, n. 322.

per il mutuo bisogno degl'individui, sia fisico, nascendo l'uomo sprovvisto di ogni mezzo, sia morale, essendo egli perfettibile per essenza; vuoi per quell'amore che unisce i cuori producendo una mutua benevolenza, un senso di commiserazione e di pietà verso i deboli e i derelitti; vuoi infine per la favella, che distingue l'uomo dal bruto e lo spinge potentemente alla vita sociale, da tutto questo noi proviamo ad evidenza che l'uomo è fatto per la società ¹⁾.

Del resto non possono molti individui e molte famiglie vivere assieme, cospirare a un solo e stesso fine senza un principio autoritativo che ne diriga l'attività, ne freni le passioni, faccia rispettare all'interno i vincoli potenti della giustizia e dell'ordine, diriga l'organismo sociale verso il benessere e la prosperità, ne lo protegga infine contro i nemici esterni.

Ma questo è appunto un secondo fenomeno che appare costante e universale; il fatto che troviamo gli uomini dappertutto sotto un'autorità non si spiega dunque coll'ipotesi di una convenzione, l'effetto non potendo essere superiore alla causa; ma sì col dover ammettere un'esigenza della natura razionale dell'uomo ²⁾.

4. In questa teoria il contratto genera l'autorità politica, illimitata, indipendente da ogni norma superiore dove lo Stato è fine a sè; ora, astraendo lo Stato da ogni fine ontologico, atteggiandosi fine a sè, l'individuo diventa puro strumento, mezzo meccanico al servizio dello stesso; non più lo Stato per il bene dell'individuo, ma l'individuo per il bene dello Stato. A ben poca cosa varrebbe l'aver da natura l'impulso potente che, unito al bisogno, ci porta logicamente, direi irresistibilmente, alla vita sociale, se poi la società invece di facilitare il conseguimento del nostro fine, aiutarci a realizzare il benessere in armonia alla nostra natura e destinazione, degradasse la dignità umana fino alla schiavitù la più barbara, la più bestiale.

Ogni corporazione, ogni società, per minuscola che essa sia, mira anzi tutto al bene de' suoi membri; da questo dipende il suo nascere, l'attività sua, la vita.

¹⁾ Cfr. TH. MEYER, *Institutiones* l. c., I p. 326 ss.; M. LIBERATORE, *Filosofia del diritto* (Napoli, 1878) pag. 129 ss.

²⁾ G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates* (Berlin 1900) pag. 202: « So fällt denn die Frage nach dem Grunde des Staates wesentlich zusammen mit der nach dem Grunde des Rechtes. Diese alte und ewig neue Frage hat bereits vor Jahrtausenden die richtige Antwort gefunden. Noch ist keine bessere Lösung der Problems aufgestellt worden als die, welche ihr Aristoteles hat zu Teil werden lassen in jenes Stelle der Politik, die zu den tiefsten Einsichten zählt, welche der Mensch von seinem Wesen gewonnen hat: *Wie der Mensch, wenn er im Staat seine Vollendung findet, das beste unter allen Geschöpfen ist, so ist er losgelöst von Gesetz und Recht das allerschlimmsten* ».

A *fortiori* è dunque assurdo il non riconoscere allo Stato quella che dev'essere sua caratteristica per eccellenza, e spogliar l'uomo di quello che per lui dev'essere il maggiore e miglior bene, emanciparlo cioè dal suo fine ontologico per umiliarlo ad essere mero fine dello Stato.

Molto a proposito torna qui l'osservazione di Ahrens. Ricorda questi che l'insegnamento di Hobbes ha provato che ogni materialismo, il quale riconosce nulla di spirituale e d'immortale nell'uomo, nessun principio indipendente dalla forza terrena, annienta la libertà, erige l'assolutismo del singolo, o delle masse democratiche; e come d'altra parte una concezione meramente esterna e meccanica del potere politico come unità volitiva non può non fare dello Stato una persona giuridica nel senso romano della parola, annientare ogni intima coordinazione essenziale, aprendo ad un tempo le porte all'assolutismo ¹⁾.

Ma data anche l'ipotesi che lo Stato sia l'effetto di un contratto, non potranno mai i contraenti produrre un diritto pubblico ma solo privato, non un diritto oggettivo, ma soggettivo, giacchè i singoli sommati assieme aumentano la quantità non mai la qualità.

5. Infine, se la paura è qualche volta un motivo che induce a fare una cosa, un'altra tralasciare, essa non riuscirà mai a far nascere un dovere, per la ragione che non può obbligare a temere come non può obbligare ad agire in un modo anzi che in un altro per semplice paura ²⁾.

Data l'ipotesi che gli uomini si fossero riuniti in società in vista della propria conservazione, non per un impulso sociale inerente a lor natura, la formazione dell'ordine etico-giuridico resta un enigma. Infatti, da chi trae il contratto la forza obbligatoria? unicamente dai contraenti che s'obbligano. Ma ciò presuppone la nozione del dovere che li ha determinati a lasciare lo stato di natura o a metter fine alla situazione creata dalla guerra di tutti contro tutti; senza di questa nozione non sarebbe stato possibile l'attuare i gruppi sociali, tanto meno l'ottenere un carattere etico-giuridico. I fondatori della società primitiva potevano obbligarsi ad una vita sociale solo nell'ipotesi che si rivelasse detta

¹⁾ AHRENS, *Naturrecht* (Wien 1870) vol. I. § 17 pag. 99: « jeder Materialismus, der in dem Menschen kein geistiges, unsterbliches, aller irdischen Macht entthobenes Prinzip anerkennt, die Freiheit vernichten und den Absolutismus, sei es des Einzelnen oder der demokratischen Masse, aufstellen muss, und anderseits lässt sich klar erkennen, dass eine bloss äusserliche, mechanische Auffassung der Staatsgewalt als Willenseinheit den Staat zu einer juristischen Person in römischen Sinne des Wortes macht, alle innere wesentliche Gliederung zerschläckt und gleichfalls zum Absolutismus führt ».

²⁾ ULRICH, *Naturrecht* (Leipzig 1873) pag. 211: « Allein die Furcht ist wohl ein Motiv, aber ich bin nicht verpflichtet, mich zu fürchten und aus Furcht das Eine zu thun, das Andere zu unterlassen ».

nozione quale principio di ragione e come tale indimostrabile e necessario. Ad una pace formale e a un contratto sociale poteva solo condurre la conoscenza manifesta che alla conservazione e al bene dell'umanità, la quale da natura tende verso dei fini proprii che danno alla società la ragione d'essere, è necessario d'introdurre e di riconoscere un'autorità suprema. Senza dovere e senza il sentimento giuridico sarebbero stati gli uomini impotenti a concludere un'unione fra di loro a far nascere i doveri e le esigenze giuridiche ¹⁾).

Il contratto che produrrebbe la società, preso nella doppia sua accezione, storica e filosofica, non è l'ultima fonte del diritto, per il semplice motivo che detto contratto può essere e non essere, ma il diritto dev'essere ²⁾).

6. Il sistema contrattuale non è altro che una caricatura dell'ente sociale, un paradosso da capo a fondo che avvilisce, degrada l'umana natura e la politica autorità; teoria che rinuncia ai dati evidenti della pratica, alla sana ragione per erigere a principio l'arbitrario, un despotismo ripugnante, negazione della società, del fine teleologico che si manifesta in tutte le singole parti del creato, che non poteva non manifestarsi anche nella più eccelsa delle creature. Non è dunque meraviglia se la forza obbligatoria delle norme giuridiche isfugge completamente; chè, non puossi parlare di contratto come base del potere politico, fatta astrazione da qualsivoglia motivo etico, e pretendere di giustificare la forza obbligatoria del diritto.

Bello torna qui una pagina del *Merkel*, che vogliamo riportare per intero e colle sue precise parole :

« Mit wachsender Energie », scriv'egli, « hat sich bei den modernen Völkern das Verlangen geltend gemacht, dass die gesetzgeberische Arbeit sich unter der Kontrolle der Gesamtheit vollziehe und dass allen männlichen Staatsangehörigen entweder eine unmittelbare oder eine durch gewählte Vertreter vermittelte Einwirkung auf dieselbe ermöglicht werde. Es soll das Recht eines Volkes diesem Begehren zufolge nicht bloss inhaltlich in Einklang stehen mit dessen Überzeugungen, sondern zugleich aus diesen als eine bewusste Schöpfung der Gesamtheit hervorgegangen sein. Diese Anschauungen haben ihren dogmatischen Ausdruck in den Theorien gefunden, welche die Gültigkeit jeder staatlichen Ordnung und die verpflichtende Kraft aller Gesetze auf einen Vertrag oder auch auf einen gleichviel wie sich vollziehenden Akt der Anerkennung, kurzum

¹⁾ Cfr. W. SCHNEIDER, *Göttliche Weltordnung* (Paderborn 1900) pag. 339.

²⁾ TRENDLENBURG, *Naturrecht* (Leipzig, 1868) pag. 15: « Der Vertrag ist weder historisch noch philosophisch betrachtet der letzte Ursprung des Rechts... Ein Vertrag kann sein und auch nicht sein; aber das Recht muss sein ».

auf die Autonomie der Einzelnen zurückführen. Insoweit die Theorien damit eine allgemeingültige Wahrheit zum Ausdrucke bringen sollen (wie es bei allen der Fall ist), sind sie *gleichmässig unhaltbar*.

Thatsächlich war jene Kraft bei den meisten Völkern bisher von autonomen Akten der Einzelnen nicht abhängig. Nicht weil diese durch Vertrag oder in anderer Weise die Gesetze als gültig anerkannt hätten empfanden sie eine moralische Nötigung, denselben zu gehorchen, sondern umgekehrt fanden die Gesetze die ihnen ein aus anderer Quelle fließender Wert und Gehorsamspruch beigemessen wurde. Wo z. B. die Lehre des Paulus; « *Seid gehorsam der Obrigkeit; denn wo Obrigkeit ist, die ist von Gott* », Anhänger hat, da läuft es offenbar auf eine blosse Fiktion hinaus, wenn man die verpflichtende Kraft der obrigkeitlichen Anordnungen auf autonome Willensäußerungen der Einzelnen zurückführt. Und um nichts anderes als um Fiktionen handelt es sich, wenn bei diesen Theorien nicht an die wirklichen Quellen der bindenden Kraft des Rechts, sondern an diejenigen, welche sie haben sollte, gedacht wird ¹⁾ .

La forza obbligatoria delle norme giuridiche isfugge completamente a questa teoria, che pone una convenzione come origine immediata del potere politico e della società; o resta — essa forza — un mistero che invano si tenterebbe chiarire, perchè invano ci si ostina a dibattersi fra i dati dell'esperienza, dell'osservazione, librandosi sulle proprie ipotesi, senza mai assorgere a un principio superiore, fonte ultima del diritto e dell'obbligazione, principio e fine dell'individuo, della natura, principio e fine della famiglia e dell'umana società.

§. 3.

J. J. Rousseau e la volontà generale.

1. Quello che Hobbes aveva fatto per l'assolutismo regio, lo fece J. J. Rousseau in favore dell'assolutismo nazionale.

Mediante il *Contratto sociale* si crea questa una volontà generale (Allgemeinville) che tende al benessere di tutti come verso il proprio fine; non può essere ingiusta; ha un diritto illimitato sui singoli che le prestano ubbidienza assoluta. Il contratto sociale è una convenzione colla quale: « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible d'un tout ²⁾ ».

¹⁾ HOLTZENDORFFS Encyklopädie I. c. pag. 21-22.

²⁾ *Contrat social* (Paris 1896) liv. I. chap. VI.

Tale contratto mira a produrre un organismo morale perfetto nel quale non sia più l'uomo diretto dall'istinto, sì dalla giustizia e le sue azioni comincino a divenire morali. La coscienza subentra all'impulso fisico e materiale, il diritto prende il posto dell'egoismo; breve, diventa l'uomo un essere ragionevole, completo.

Da questi principii fondamentali il Rousseau deduce poscia che la sovranità è un attributo inalienabile della volontà generale ¹⁾, che è indivisibile ²⁾, che non può errare ³⁾. Numerosi sostenitori di questa teoria precedettero e seguirono con qualche variante l'insegnamento rousseauiano; basti ricordare Hotman ⁴⁾, Buchanan ⁵⁾, Locke ⁶⁾, A. Sidney ⁷⁾, Kant ⁸⁾, Fichte ⁹⁾, ma in senso piuttosto panteistico.

A L. von Haller spetta l'aver pel primo a fondo confutato la teoria rousseauiana che oggi è quasi per intero abbandonata ¹⁰⁾.

2. In primo luogo non è vero che la sovranità sia un attributo inalienabile della libertà, che « *chacun se donnant à tous ne se donne en réalité à personne* » ¹¹⁾. Invero nella società di J. J. Rousseau, l'individuo diventa lo schiavo assoluto della pretesa libertà generale di fronte alla quale è spoglio di ogni diritto, privo di qualsiasi rivendicazione.

Vuota di senso è poi l'asserzione che cioè, rinunciando in favore della volontà generale tutti i propri diritti, acquistasi l'equivalente di ciò che si perde: per quanto grande sia il vantaggio, il semplice fatto di essere investiti di una somma di diritti infinitesimali, il cui esercizio è problematico e ad un tempo precario, questo è ben lungi dal compensare il maggior tesoro che posspegga l'uomo, la libertà.

Inoltre il rimedio che propone Rousseau per combattere la monarchia assoluta sembra poco o punto efficace; sostituisce l'assolutismo popolare all'assolutismo regio; non s'avvede che il despotismo di una maggioranza è certo più pericoloso di quello di una sola persona, perchè conduce logicamente ad una rivoluzione permanente.

Falso è poi il concetto che cioè senza contratto sociale deve l'uomo piegarsi, ubbidire al suo simile, il che ripugna alla sua natura libera,

¹⁾ *Contrat social*, liv. II, chap. I.

²⁾ I. c. liv. II, chap. II.

³⁾ I. c. liv. II, chap. III.

⁴⁾ *Hotomanni Franco-Gallia* (1575).

⁵⁾ *De jure regni apud Scotos* (1581).

⁶⁾ *Two treatises on government* (Lond. 1689).

⁷⁾ *Discourses concerning government* (1698).

⁸⁾ *Rechtslehre* 2. Th. 1. Abschn.

⁹⁾ *System der Ethik* 2. Th. § 145.

¹⁰⁾ HALLER, *Restauration der Staatswissenschaften I* (Winterthur 1820) pag. 37.

¹¹⁾ *Contrat social*, liv. I, chap. VI.

ripugna alla ragione. Infatti non ubbidisce il suddito all'autorità politica, quale persona fisica ma piuttosto all'idea ivi personificata, al rappresentante di un ordine da Dio voluto, etico e razionale per eccellenza. Così anche la vantata libertà nel senso politico che esisterebbe al di fuori dello Stato non sembra possibile; che anzi presuppone essa necessariamente un ordine che le permetta di realizzarsi, che ne assicuri poscia la conservazione.

Il contratto sociale è talmente chimerico che nella storia dell'umanità non se n'incontra un solo esempio; i pochi casi che soglionsi citare, non mostrano altro se non l'emancipazione da una autorità politica superiore come ad esempio quella degli Stati Uniti dall'Inghilterra, della Svizzera dagli Asburgo e così via, non mai la formazione di uno Stato per mezzo del contratto sociale.

D'altra parte la teoria rousseauviana racchiude un errore di costruzione: essa considera come un derivativo dell'autorità il contenuto del potere politico e non s'avvede che *Stato, autorità e potere politico* sono delle nozioni intimamente unite fra di loro, e per ciò stesso inseparabili; non s'avvede che lo Stato non può neppur sussistere senza l'autorità che lo rende possibile, che dunque è un assurdo il volerlo *derivare* da un contratto sociale. Rousseau non distingue il popolo *organizzato* ed il popolo *non organizzato*; solo il primo può mediante l'organizzazione agire, delegare votare, ecc...; ma il popolo organizzato presuppone già l'organizzazione politica e quindi anche l'autorità politica è un organo costituzionale di essa.

Dato anche il caso che il potere politico fosse concepito come la conseguenza di un contratto, non ne segue per anco la teoria della sovranità popolare. Supponiamo che il popolo abbia originariamente l'autorità sovrana; nulla potrebbe impedire di trasmetterla a un principe, e l'ipotesi della sovranità inalienabile è puramente arbitraria.

Quando Rousseau poi ci dice che la volontà è inalienabile, manca di chiarezza; la volontà fisica è inalienabile, non però la volontà morale, quella che qui c'interessa e che appunto è suscettibile di alienazione.

Il contratto sociale produce al massimo « *une volonté de tous* », non mai « *une volonté générale* »; una volontà collettiva, non già una volontà comune, chè, il tutto precede le parti.

3. La concezione di J. J. Rousseau è affatto materialista; suppone gli uomini in uno stato primitivo, senza diritti, senza doveri, che un bel giorno si sono riuniti, hanno conchiuso fra loro il contratto sociale, sottomessi ad una comune autorità.

Se v'è contratto, v'è anche obbligazione; ora il contratto esiste tra tutti gli individui, perchè tutti fanno parte della società. Qui sorge tosto

la questione di sapere in forza di che vien obbligato l'individuo ad osservare tale contratto. Se di sua spontanea volontà, allora vogliamo sapere per qual motivo non possa usare del medesimo diritto e quando gli accomoda, annullare quel contratto che aveva conchiuso. Se in forza del principio tradizionale che si deve mantenere i patti, allora l'argomento si dibatte in un circolo vizioso ¹⁾ ».

Mentre da una parte si vuole che il contratto sia la ragione esplicativa del diritto, dall'altra si fa appello al dovere di serbare le promesse, dovere che precederebbe il contratto ²⁾.

4. L'espressione tradizionale « *pacta sunt servanda* », non trae la forza obbligatoria dall'autorità dei contraenti, ma da un principio che li obblighi; diversamente ognuno d'essi potrebbe colla medesima facilità, sciogliere quelle obbligazioni che aveva fatto nascere mediante il contratto ³⁾.

Così la promessa colla quale uno Stato s'obbliga verso un altro Stato a fare, o non fare una cosa, può solo conseguire un significato giuridico, quando cioè viene riconosciuta come norma obbligatoria in forza di un ordine giuridico indipendente da colui che s'obbliga e che gl'impone un valore proprio, doveroso nel pieno senso della parola ⁴⁾.

S'esistono dei doveri prima del contratto, non può questo essere la causa ultima del diritto; mettano pure in campo tutte le arguzie, i contrattualisti non arriveranno mai a giustificare il loro patto sociale, far nascere un'obbligazione vera, a meno di riconoscere e presupporre il principio giuridico come obbligatorio, che cioè siamo tenuti a mantenere la parola data nei contratti legalmente conchiusi. Si ammette questo principio giuridico che i patti si devono osservare? Allora tutto si spiega, giacchè ogni norma giuridica, pone per natura, un'esigenza a coloro cui vale, esigenza che non può a meno di essere ricondotta a una ragione antecedente, superiore, che l'ha emanata e sancita.

¹⁾ ULRICH osserva molto bene: « Bin ich nicht verpflichtet, einen solchen Vertrag zu schliessen, und nach dem ich ihn geschlossen, ihn auch zu halten, bin ich also nicht verpflichtet, meinen Willen der sogenannten *volonté générale* — deren Existenz und Inhalt ohnehin erst nachzuweisen wäre — unterzuordnen, geschweige denn mich den Willensbeschlüssen einer blossen Majorität. Anderer zu fügen, so schwebt der *contrat social* in der Luft, und das Recht, das aus ihm hervorgeht, ist nur Willkür, der Zwang, den er der Minorität auferlegt, nur Gewalt ». *Naturrecht* (Leipzig 1873) pag. 217.

²⁾ Cfr. TH. MEYER, *Instit.* l. c. II. pag. 252 ss.

³⁾ G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates* (Berlin 1900) pag. 191-192: « Ist der Mensch seinem Wesen nach frei, dann ist der Satz Rousseaus unwiderleglich, dass die Freiheit unverzichtbar sei, dann kann aber das Individuum Kraft dieser unverzichtbaren Freiheit auch jederzeit den Vertrag lösen... So ist denn die Vertragstheorie, logisch zu Ende gedacht, nicht staatsbegründend, sondern staatsauflösend ».

⁴⁾ Cfr. BORNHAKE, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1896) pag. 79.

Così dicasi di altre norme che rivelano a prima vista l'ordine etico come base del giuridico, conducono direttamente o indirettamente a Dio, norma ultima della teleologia cosmica. Detti principii si possono ridurre ad altri più generali ancora, ossia al principio che dobbiamo dare a ciascuno il suo, non commettere l'ingiustizia.

5. Da qualcuno si potrebbe forse osservare che il popolo è sovrano, rappresenta la volontà di tutti, ha il diritto di comandare, d'indurre un'obbligazione vera, generale.

Ma anche qui la *petitio principii* è troppo evidente perchè possa sfuggire all'attenzione di chi appena appena rifletta. Infatti togliete coloro che sono reputati privi di diritti politici, donne, vecchi, fanciulli, interdetti, eccetera; aggiungete le scissioni di partito, e a ben poca cosa si ridurrà il preteso popolo sovrano. Ora, pretende questa minoranza imporre la propria volontà, dettare delle leggi che siano di tali e da tanto da obbligare tutti, anche quelli che sono esclusi o non sono rappresentati dal popolo sovrano? Qui si potrebbe chiedere al Filosofo ginevrino qual titolo di legittimazione presenta questa minoranza. Dirà forse che tale è la volontà generale del popolo?

Da una parte s'invoca la *volontà generale popolare*, dall'altra si dimentica che la stessa volontà non rappresenta di fatto che una debole minoranza; il ragionamento vacilla sulle basi; crede di darci una spiegazione, in realtà s'aggira in una petizione di principio, lascia intatto il problema di sapere dove attinga la minoranza il diritto d'imporsi agli altri ¹⁾.

Preziose e molto a proposito tornano qui le parole di un illustre francese dove mette in rilievo le conclusioni logiche alle quali conduce il contratto sociale di Rousseau: « Plus de droits dans l'État que pour l'État; contre l'État, point de droit. — Il est contre la nature du corps politique, dit Rousseau, que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse

¹⁾ Cfr. BARONE di Vogelsang-Breda, *Betrachtungen über die Gesetze. Kath. Studien* III. Jahrgang (1877). XI Heft pag. 7 ss.: « Ein berühmter deutscher Publizist hat über diese Frage eine sehr belehrende Rechnung zusammengestellt: Er beginnt mit der — durchaus nicht übertriebenen — Voraussetzung, dass im Allgemeinen nur drei Viertel der Wähler bei den Urnen eintreffen. Nimmt man nun an, dass jeder der Gewählten eine Majorität von drei Vierteln habe — viel mehr als durchschnittlich der Fall ist — so würden sie schon nicht mehr als $\frac{27}{64}$ der Wähler repräsentiren. Sind die Abgeordneten beisammen, so schreiten sie wieder zu Wahlen und wenn wir, um das Möglichste zuzugeben, eine (in Wahrheit nur ausnahmsweise) Majorität von drei Vierteln voraussetzen, so finden wir, dass sie selbst in diesem Falle, nur von den Vertretern von $\frac{27}{64}$, also weniger als die Hälfte, der Wähler vollzogen würden. Was bleibt nun in den gewöhnlichen Fällen, bei unvollständigen Kammern und sehr schwachen Majoritäten? Kaum ein Drittel oder, Sechstel der Wähler wird beiden Vorgängen in den gesetzgebenden oder andern Versammlungen vertreten, und wir haben gesehen, dass die definitive Form der Regierung durch 3 Stimmen der Mehrheit bestimmt worden ist ».

enfreindre. — Ne demandez donc à l'État ni charte, ni constitution que vous puissiez invoquer contre lui. L'État ne peut être lié; car, représentant la volonté générale, il n'y a aucune raison pour que la volonté générale d'aujourd'hui soit la volonté générale d'hier. Tout est juste pour l'État; car c'est lui qui fait la justice. Et que les sujets ne s'avisent pas de réclamer des garanties contre les lois de l'État; les plébéiens à Rome ont eu tort de demander des tribuns qui les protégeassent; et les Anglais ont tort de tenir à leur vieille loi de *habeas corpus*; toute défense et toute garantie contre le pouvoir de l'État est une faute de logique, puisqu'il est impossible que le corps veuille nuire à ses membres ¹⁾ ».

In altri termini la teoria del Rousseau è un bel modo per giustificare tutte le disposizioni legali, fossero pure ingiuste, immorali: è il despotismo del popolo sovrano nel senso più assoluto, più umiliante della parola.

6. Ancor una volta quella teoria che deriva l'autorità politica da un contratto pone nell'alternativa disastrosa, necessaria, che conduce all'assolutismo di Hobbes, dove l'individuo abbandona la propria autorità in favore del principe, senza ricevere nulla in contraccambio, o alla sovranità inalienabile di Rousseau, dove ognuno « met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale », dove « nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout »; ossia, dove si manifesta la sovranità popolare in tutto il suo splendore, con tutti i suoi frutti quali apparvero nella Rivoluzione e quali vediamo al giorno d'oggi in quella stessa Francia del 1789.

Il contratto sociale non può esser concepito qual causa efficiente esplicativa dell'ordine giuridico perchè, come abbiamo visto nel primo paragrafo del presente capitolo, il diritto non segue, ma precede lo Stato, lo rende possibile; lo Stato è nato nel diritto, vive e si perpetua nel diritto. Natura del diritto essendo però di obbligare, giustamente fa osservare Seidler, lo Stato può solo essere concepito, « als rechtlich gebunden ²⁾ ».

Se dunque il contratto sociale non è in grado di produrre e di spiegare appieno l'autorità politica, anche la teoria della sovranità popolare e della volontà generale di J. J. Rousseau si può classificare come un altro colpo fallito del moderno materialismo, che si dibatte invano per uscire dalla cerchia di ferro ch'egli stesso s'ha eretto. Il contratto sociale ebbe certo delle conseguenze disastrose che la Rivoluzione mostrò

¹⁾ TAINE, *Programme Jacobin*. (Revue des Deux Mondes, 1^{er} mars 1883).

²⁾ *Das juristische Kriterium des Staates*. (Tübingen 1905) pag. 44.

troppo bene; ma rivelò in pari tempo che l'autorità politica non può tutto ciò che vuole, molto meno può astrarre dalla natura razionale dei sudditi e dall'ordine etico. Quindi si inaugurò una reazione efficace dell'idealismo sul materialismo, della giustizia sul diritto del più forte.

§. 4.

Istorismo giuridico.

1. La volontà onnipotente dello Stato, il contratto di Hobbes, come pure la volontà generale di Rousseau furono trovati impotenti a darci la ragione ultima della forza obbligatoria delle norme giuridiche. Vediamo se mai l'istorismo soddisfa meglio questo compito.

La scuola storica pretende di sciogliere l'arduo problema mediante il *Volksgeist*, *Volksüberzeugung*, *nationales Rechtsbewusstsein* ecc.; ossia, come osserva Hermann Bischof: « Aus dem Volksgeiste werden Recht und Staat von der historischen Schule abgeleitet ¹⁾ ».

La consuetudine genera il diritto che viene alla luce senza scosse, non prodotto dall'imperativo dello Stato, o protetto dalla forza, ma incosciente, dai misteriosi ipogei dello spirito popolare.

A capo di questo movimento troviamo Savigny ²⁾ il quale concepisce il diritto come un *Gewohnheitsrecht*, la cui base fondamentale sarebbe il *Volksgeist*, la convinzione generale del popolo, « das gleiche Gefühl innerer Notwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschliesst ³⁾ ».

Puchta ne segue le orme, e trae da questa dottrina un sistema più pieno, più armonioso ⁴⁾.

Degno di menzione tra gli altri ci pare lo Stahl ⁵⁾, perchè il suo insegnamento riassume non solo il positivismo giuridico, bensì e specialmente perchè cerca di conciliarlo colle norme e coi precetti cristiani; esso fu l'unico scrittore che, nel senso della scuola storica, abbia dato alla luce una filosofia del diritto ⁶⁾.

¹⁾ *Allgemeine Staatslehre*. (Giessen 1860) pag. 129.

²⁾ Cfr. *System des heutigen römischen Rechts*, (Berlin 1840) I, pag. 9.

³⁾ *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (3. Aufl. 1840) pag. 8.

⁴⁾ PUCHTA, *Kursus der Institutionen* (1841) I, § 10, pag. 24: « Der Volksgeist ist die Quelle des menschlichen oder natürlichen Rechts, der rechtlichen Überzeugungen, die sich in den einzelnen Gliedern bethätigen ».

⁵⁾ *Philosophie des Rechts*, (I ed. Heidelberg 1831), (5 ed. Tübingen 1878).

⁶⁾ Cfr. TH MEYER, *Die Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts*, (Freiburg, i. B. 1868) pag. 152, ss.

Questi pretende che la forza obbligatoria del diritto consuetudinario scaturisca e abbia le basi « in den beiden Momenten: dem Rechtsbewusstsein (opinio necessitatis) und der Beobachtung in Folge desselben ¹⁾ ».

Continua a dire che non è la convinzione o la volontà nazionale il fondamento della forza obbligatoria, che anzi « ist ungekehrt das Recht der Grund dass der nationale Wille den Einzelnen und wie er ihn bindet ²⁾ ».

Il diritto, come la morale, ha in sè stesso la causa della sua forza obbligatoria assoluta ³⁾. Poco più in là, tenta di rettificare il suo modo di vedere; dal positivismo vorrebbe assorgere fino a Dio. Ci dirà in vero che il fondamento della forza obbligatoria della consuetudine « ist die Macht der Weltordnung Gottes. Ihr Ansehen, nicht das Ansehen der beobachtenden Menschen, nicht das Ansehen der Volksansicht heiligt die im Bewusstsein ihr zu gehorchen entstandene Gewohnheit ⁴⁾ ».

2. Pur riconoscendo questa felice innovazione che tende verso l'insegnamento scientifico cristiano, non sembra la dottrina dello Sthal scevra da ogni errore.

Si contraddice quando sostiene che il diritto trae la forza obbligatoria da se stesso, non dalla volontà nazionale, e poi pretende che la volontà nazionale obblighi l'*Individuo*. Del resto lo Stahl, come la scuola storica in generale, non pare abbia delle idee chiare sugli stessi postulati che rivendica a fondamento del diritto. Vuole il *jus consuetudinarium*, fonte esplicativa del diritto, ma sembra tralasci di studiare quali siano i requisiti perchè una consuetudine esista.

Occorre forse che i singoli componenti la comunità abbiano la stessa convinzione giuridica e che la manifestino nell'opera personale, ovvero basta che questa consuetudine s'estenda alla maggioranza perchè assuma il carattere di diritto, produca un'obbligazione? Se basta, in qual modo produce nella minoranza l'obbligo di conformarsi ai più? Devesi forse ricorrere a un'altra consuetudine che dichiarerebbe valido il consenso dei più? Allora si torna alla prima alternativa, ossia alla questione di sapere se tutti debbano essere d'accordo per far sì che la consuetudine della maggior parte sia di legge a tutti, o se basti il consenso dei più.

Se prendiamo la prima ipotesi, ci vien fatto di domandare come possa l'assenso generale conseguire tanta efficacia da produrre un'obbligazione universale.

¹⁾ *Philosophie des Rechts* II, § 29, p. 238.

²⁾ l. c. pag. 240.

³⁾ l. c. Ibid. « Das Recht hat wie die Moral den Grund seiner bindenden Kraft absolut in ihm selbst ».

⁴⁾ STAHL, l. c., II, pag. 241. Anche JELLINEK s'avvicina di molto alla scuola storica. Cfr. *Allgemeine Staatslehre*, pag. 322 ss.

L'individuo, come abbiamo dimostrato, può al massimo obbligare se stesso, solo nella misura che vuole e fin quando vuole, altri non può obbligare; la sola convinzione popolare, come la semplice consuetudine, per sè, sia pure stabile, antica, non produrrà mai un'obbligazione generale.

Molto a proposito osserva Bruns che la consuetudine giuridica non consiste in una forza del popolo sul diritto, ma all'opposto in una forza del diritto sul popolo; e un po' più oltre, che « l'uso non è il fondamento della validità, non la conseguenza, sibbene il puro fatto esterno della medesima ¹⁾ ».

3. Se passiamo ad analizzare la natura della legge, ci sarà facile trovare che il diritto oggettivo consta di norme, la cui caratteristica è quella di essere obbligatorie; tali norme provengono necessariamente da un'autorità competente, quindi non può una legge trovare in se stessa la ragione sufficiente della rispettiva forza obbligatoria; ma convien che sia l'espressione del legislatore e questo risulta tanto più evidente, che, non appena la si rivoca, cessa dall'obbligare i sudditi. Lo Stato può dunque astringere i sudditi a osservare una norma consuetudinaria, a patto però di esistere come persona morale, unificato dai doveri e dai diritti, con a capo un'autorità legittima, investita del potere di dettar delle leggi e di obbligare.

4. Siamo inoltre curiosi di sapere se nella scuola storica v'ha una giusta misura di questa macchina a produzione giuridica; se consuetudine, convinzione, spirito popolare ecc., tutto ciò insomma che in uno Stato vien eretto alla dignità di diritto, è e debba essere vero diritto. Se sì, allora bisogna pur riconoscere che v'ha pel diritto una misura oggettiva al di fuori di ciò che storicamente s'è dato o si dà come diritto; se no, bisogna confessare umilmente che il diritto è e dev'essere diritto per la sola ragione che venne riconosciuto come tale in uno Stato. Ma in questo secondo caso s'esce dal dominio storico perchè la storia non conosce altro se non l'avverarsi del fatto positivo, contingente, non già necessario. La storia abbraccia il passato, può determinare ciò che ebbe luogo, darne delle spiegazioni più o meno logiche, più o meno verosimili: arrivare ad una dimostrazione apodittica, dove rispecchi l'unità causale come nelle scienze propriamente dette, non lo può. Con ciò siamo ben

¹⁾ *Das heutige römische Recht, in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft* (5. ed.) pag. 437: La consuetudine giuridica, dice Bruns, «beruht nicht auf einer Macht des Volkes über das Recht, sondern umgekehrt auf einer Macht des Rechts über das Volk..... Die Übung ist weder der Grund der Geltung noch die Folge, sondern *schlechthin die äussere Thatsache* der Geltung».

Cfr. V. CATHELIN, *Recht*, I. c. pag. 89 ss.; V. CATHELIN, *Moralphilosophie* vol. I, pag. 475; TH. MEYER, *Grundsätze* I. c. pag. 152 ss.

lungi dal voler negare una causalità nella storia; diciamo solo ch'essa non ha delle leggi fisse, come ad esempio nelle scienze sperimentali, per il motivo che la libera volontà ne la impedisce.

« Dopo aver detto », scrive I. Petrone, « che criterio unico della scienza è l'esperienza, logica vuole che l'empirismo dica che l'oggetto della scienza è tale, quale bisogna che sia perchè rientri nei limiti della esperienza, e che, quindi, il diritto non abbia altro essere che l'essere mutabile, contingente e fenomenico, e, per dir breve, non altro essere che il divenire. Come in tanti ordini di cose, così nel dritto, il criterio scientifico si è venuto snaturando nel criterio storico, e, conseguentemente, il problema ontologico nel problema genetico.

Del dritto, come di altri oggetti, si studia non più la sostanza ma la genesi, non più l'essenza ma l'evoluzione, non più il *substratum* ma il processo; nè solo si studia l'una cosa e non l'altra, ma si afferma come inesistente quella che non si studia, o si presume di non studiare, appunto perchè la si dà per inesistente.

È il criterio *storico-evolutivo*, che riassume il genio scientifico del secolo e che pervade scienza e filosofia ¹⁾ ».

5. La scuola storica non ha penetrato a fondo il dritto consuetudinario; si tenne paga di restare alla superficie, di perdersi nelle espressioni tutt'altro che scientifiche come « la coscienza popolare », « lo spirito operoso, incosciente del popolo » ecc. Questa è una delle ragioni perchè non di rado, si vedon dei giuristi cadere in contraddizioni flagranti. Così il Puchta in un posto ci dice che il contenuto della coscienza giuridica popolare costituisce il diritto ²⁾; altrove, invece, che il diritto è una convinzione generale del permanente nella società giuridica ³⁾. Il contrasto è qui chiaro quando da una parte presuppone il dritto prima che il popolo sia costituito in società giuridica, dall'altra pretende nondimeno che il dritto sia il risultato della coscienza popolare.

Il Merkel a sua volta, mentre sostiene che bisogna ricercare i punti finali (*Zielpunkte*) dell'evoluzione giuridica contenuti nell'evoluzione possibile del dato, deriva dal presente la misura per quello che dev'essere dritto.

Tale ipotesi non scioglie il problema; ci dice che, se vogliamo sapere cosa sia il dritto, dobbiamo prendere non già il passato, ma il presente.

¹⁾ I. PETRONE, *La Fase recentissima della Filosofia del diritto in Germania*, pag. 197 ss.

²⁾ PUCHTA, *Kursus der Institut.* (1841), *Gewohnheitsrecht* II. pag. 123: « Der Inhalt des Rechtsbewusstseins des Volkes ist das Recht ».

³⁾ PUCHTA, *Pandekten*, (6. ed.) § 10, pag. 17.

Dimentica questa teoria che il presente è presto un passato storico, che l'investigazione di quello che è, può solo mostrare ciò che s'è svolto non ciò che probabilmente poteva o potrebbe ancora svolgersi. Il materiale del sapere giuridico, per sua natura, non ha pur anco in vista « *l'essere* » nella fase presente, sì il « *dovere* », ciò che si deve fare o tralasciare, chè si tratta qui di norme per la vita degli uomini fra loro.

La mera constatazione che questi o quegli altri fattori influenti sul diritto vigente nello Stato hanno in realtà fatto breccia nel presente, non fissa per niente il dritto nell'avvenire; presto spuntano de' dubbi, la eritica insorge sulla parte già realizzata.

Col semplice rinvio al presente pochi si contentano, si vuole una base razionale.

6. Altra osservazione che si potrebbe giustamente fare alla scuola storica è la seguente: S'è vero che la forza pubblica ha per base il diritto consuetudinario e ha per compito di manifestarne il momento intimo, più e più consolidarlo, non può andare contro la consuetudine, nè conseguire altri diritti se non quelli che la consuetudine le conferisce; ma simile concezione è troppo angusta.

Certo, siamo i primi a riconoscere che una legislazione prudente deve tener conto della consuetudine, che la legge deve vivere dapprima nella vita popolare; noi aggiungiamo però ancora che l'ultimo criterio dell'autorità, nell'emanare una legge, dev'essere il bene pubblico.

Ora, per poco che s'osservi il benessere di uno Stato moderno, sarà facile vedere gl'ingenti bisogni che domandano spesso la confezione di un diritto nuovo; il che si constata specialmente in grazia delle grandi invenzioni, le quali hanno prodotto una vera rivoluzione nei rapporti privati, pubblici e internazionali; rapporti che superano la coscienza giuridica popolare, che non ebbero o non hanno se non una debole analogia col passato.

La scuola storica non può, senza oltrepassare i limiti ristretti della sua competenza, darci una spiegazione adeguata di questo fenomeno, quasi generale ai nostri giorni.

7. È forse l'istorismo più coerente quando pretende ricondurre la forza pubblica al dritto consuetudinario come sua fonte? Pare di no. L'uomo è sociale per natura; la società gli è un elemento necessario come l'acqua al pesce perchè possa vivere di una vita normale: la ragione stessa da una parte e il libero arbitrio dall'altra ci mostrano ad evidenza questa verità somma.

Ma se la società è necessaria, necessario dovrà essere tutto ciò che è indispensabile alla sua esistenza, e anzi tutto l'ordine. L'ordine poi presuppone la forza pubblica che limiti l'egoismo privato, freni le pas-

sioni di partito, faccia rispettare da tutti e dai singoli le leggi dello Stato. È lo Stato necessario? La forza pubblica lo sarà con lui. È egli un'esigenza di natura? La forza pubblica sarà parimenti un'esigenza di natura.

Se il Fattore dell'uomo e della natura ha voluto la società, volle eziandio la forza pubblica, illogico essendo l'assegnare un fine senza dare i mezzi sufficienti per attingerlo. Dunque l'uomo è tenuto in coscienza ad ubbidire e rispettare la forza pubblica perchè da Dio voluta. Essa dunque può comandare non solo in virtù del dritto consuetudinario, sì ancora in virtù della potestà divina, e, supposto il caso che una decisione generale volesse sopprimerla, nol può, perchè non dipende solo dalla consuetudine, ma anzi tutto da Dio ¹⁾.

8. La scuola storica non sembra di molto più felice quando sostiene col Dahn che la misura per ciò che dev'essere dritto è posta nello spirito di un periodo storico determinato. Qui si dimentica che la misura non è oggettiva, solo relativa, misura che vanta la modesta pretesa di erigere l'attuale maniera di pensare di un popolo dato a fonte suprema del dritto durante un periodo determinato di anni.

Tale modo di procedere conduce ad un relativismo che toglie al dritto la caratteristica vera per sostituirvi un più e meno, che alla fin dei conti tenderebbe a legittimare ogni legge, qual che sia.

Ma in che modo potranno essere limitati nel fluttuare della storia i singoli periodi; come potrà essa restare entro i limiti de' suoi principii se prende alla formazione del dritto degli elementi necessari? Il legislatore poi, se logico, dovrebbe, prima di emanare una legge, vedere se veramente corrisponda all'ideale giuridico attuale; se ciò che è dritto debba esserlo; quindi lo metterebbe a confronto con quello che oggi corrisponde al dritto e alla ragione quand'anche fosse certo che non trattasi se non di un'opinione soggettiva, vuota di realtà.

Il relativismo giuridico non ammette punto la possibilità di un giusto o ingiusto oggettivo, assoluto; non havvi nei diversi periodi che diversi giudizi e diverse concezioni di ciò che è bene, giusto o ingiusto, ossia opinioni storiche solo.

Questo sistema ignora o finge ignorare che la parte oggettiva della nostra intuizione costituisce l'oggetto della scienza e non già il giudizio che possiamo avere sull'oggetto, giacchè proprio della scienza è la certezza e la verità; la verità poi è il perfetto accordo dell'idea coll'oggetto.

¹⁾ V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht* pag. 100: « Wäre die Staatsgewalt nur auf dem blossen Gewohnheitsrecht gegründet, so liesse sie sich durch allgemeinen Beschluss beseitigen. Das ist aber falsch, weil die Staatsgewalt streng notwendig und von Gott gewollt ist ».

Le diverse opinioni sugli oggetti scompaiono, le cose solo restano senza cambiare lor natura. Nel sistema relativista un'altra difficoltà si presenta, vale a dire se l'opinione corrisponda sì o no alla cosa giudicata. Corrisponde? Dunque è un dato dei criteri certi. Non corrisponde? Allora ci si dia il perchè, e in questo caso non crediamo si possa addurre altra ragione, a meno di riconoscere che non tutti i segni della cosa giudicata hanno rapporto colla stessa cosa.

9. Da ultimo a che si riduce il postulato che l'istorismo rivendica; la « *allgemeines Bewusstsein* » giustifica la forza obbligatoria delle norme giuridiche?

Non pare. Di fatto possiamo qui domandare se quando alcuno ci deruba, percuote o minaccia ingiustamente qualche male, tutti siano d'accordo in vedere in simile atto la violazione del nostro diritto, o se invece, vedano e sentano che questa, prescindendo da qualsiasi legge positiva o dalla coscienza giuridica generale, è e costituisce una grave ingiustizia. A prima vista siamo persuasi che tali azioni sono ingiuste, che da natura abbiamo il diritto di opporre resistenza quando anche un falso sentimento giuridico generale, disponesse altrimenti.

Dunque l'« *allgemeines Bewusstsein* » non è il risultato della consuetudinè, bensì la causa della stessa. Certo non occorre l'uso e la tradizione per vedere che l'omicidio è ingiusto, ingiusto l'adulterio, il furto *et similia*.

O meglio ancora, appunto perchè l'uomo ebbe in ogni tempo la convinzione che il furto, l'adulterio, l'omicidio e così via, sono ingiusti e da natura proibiti, l'uso s'è introdotto; appunto perchè simili delitti renderebbero la vita in comune una guerra di tutti contro tutti, evidente e necessaria appare l'autorità sociale, investita di un potere giuridico ¹⁾.

Resta dunque stabilito che la scuola storico-giuridica è impotente a darci il momento psicologico e ontologico della forza obbligatoria; è certo meno crassa del materialismo, ma gli è affine: si direbbe quasi lo sforzo supremo del positivismo giuridico che si dibatte invano nei limiti angusti dell'esperienza e dell'analisi.

¹⁾ V. CATHREIN. *Recht, Naturrecht und posit. Recht*, pag. 100-101: « Als Kain seinen Bruder erschlug, sah er klar ein, dass dieser Brudermord ein schweres Unrecht sei, und zwar nicht auf Grund eines allgemeinen Volksbewusstseins, sondern seiner Natur nach. Das natürliche Rechtsbewusstsein ist nicht die Wirkung der Gewohnheit, eine allmählich sich im Geiste ablagernde Überzeugung, sondern vielmehr die Ursache der allgemeinen Gewohnheit. Um einzusehen, dass Ehebruch, Vaterlandsverrat, Diebstahl u. dgl. Unrecht sind, dazu bedarf es keiner Gewohnheit und keiner althergebrachten Überlieferung. Gerade weil alle Menschen von Haus aus die Überzeugung haben, dass man kein Unrecht thun, nicht morden, stehlen, ehebrechen, falsches Zeugnis ablegen solle, setzt sie sich auch überall in der Praxis durch und wird überall zum positiven Gesetze erhoben ».

Questo stesso pensiero riassume I. Petrone nei termini seguenti: « È un grave errore il credere che l'embriologia della vita coincida con la dialettica della ragione: la storia *ut sic* non ha altra logica (e dico logica nel senso rigoroso della parola) che quella che un improvido e fallace determinismo ha voluto darle in prestito. Chi prenda le mosse dal concetto storico non può, adunque, non cadere nel realismo e nell'empirismo ¹⁾ ».

10. Se la consuetudine non è il quia del dritto, essa può però abolire o cambiare una legge, come pure introdurla, non da sè sola, ma sostenuta dal consenso del legislatore ²⁾.

Perchè la consuetudine sia eretta a legge si richiedono diverse condizioni: che cioè sia la consuetudine *ragionevole, universale*, di lunga durata, non contrastata da qualsiasi rivendicazione autoritativa; che infine contribuisca al bene comune ³⁾.

A chi volesse sapere dove il dritto consuetudinario rivendichi la sua forza obbligatoria, noi risponderemo; dal tacito o dal legale consenso del legislatore.

Infatti, ogni vera legge obbliga; dunque anche il diritto consuetudinario lega la volontà di colui al quale è imposta.

Ma obbligare una comunità solo quegli lo può che è investito del potere di comandare alla stessa o ha il diritto d'imporle delle leggi. Se l'autorità legislativa spetta al popolo allora può obbligare se medesimo come totalità; nel caso contrario, nascerà il dovere solo quando v'ha

¹⁾ I. PETRONE, l. c. pag. 17.

²⁾ S. THOM. *Sum. theol.* 1. 2. qu. 97 art. 3: « omnis lex proficiscitur a ratione, et voluntate legislatoris: Lex quidem divina, et naturalis a rationabili Dei voluntate: Lex autem humana a voluntate hominis ratione regulata. Sicut autem ratio, et voluntas hominis manifestantur verbo in rebus agendis, ita etiam manifestantur facto, hoc enim unusquisque eligere videtur ut bonum, quod opere implet. Manifestum est autem, quod verbo humano potest et mutari lex, et etiam exponi, inquantum manifestat interiorem motum, et conceptum rationis humanae, unde etiam et per actus maxime multiplicatos, qui consuetudinem efficiunt, mutari potest lex, et exponi, et etiam aliquid causari, quod legis virtutem obtineat inquantum scilicet per exteriores actus multiplicatos interior voluntatis motus, et rationis conceptus efficacissime declaratur ». Graziano dice parimenti che la consuetudine è un « *jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex* ». (Decret. I, dist. 1, c. 5).

³⁾ TH. MEYER, (*Instit. jur. nat.* Friburgi 1885, II, p. 582), determina e definisce la consuetudine nei termini seguenti: « Consuetudo vulgari sensu accepta denotat quorumcumque actuum humanorum frequentiam diu continuatam, et dicitur *consuetudo facti*, quatenus in ea nihil nisi factum consideratur, omisso interim omni respectu ad eius effectus, sive physicos sive morales. Ita et *mos* a consuetudine vix quicquam differt, utraque enim vox significat frequentiam actuum moralium seu *liberorum*, unde et de operationibus brutorum non usurpatur, nisi forte interdum per analogiam. *Alias* consuetudo sumitur pro ipso *effectu morali*, qui per illam actuum frequentiam producit; hoc sensu vocatur *consuetudo iuris*, et definiri solet: *ius diuturnis populi moribus comprobante legislatore introductum* ».

la sanzione di colui che possiede l'autorità legislativa. Di per sè sola la mera convinzione universale non produce nessun dovere ¹⁾.

Resta quindi dimostrato che il materialismo in generale è impotente a spiegare l'ordine giuridico. Crede trovar la ragione ultima del dritto, in realtà non trova altro che i fenomeni, il *quia* e il *quid* del dritto gli sfuggono completamente.

¹⁾ Cfr. V. CATHEIN, *Moralphilosophie*, I, p. 537.

CAPO II.

Teorie che fanno astrazione dal fattore produttore il diritto e fanno dipendere la forza obbligatoria da una certa qualità del contenuto delle norme.

§ 1.

Congruenza delle norme colla natura umana.

1. A. Grotius (1583-1645) si può chiamare il primo che abbia dato alla luce un trattato sistematico e scientifico del dritto naturale, trattato di gran pregio, non però senza qualche errore.

Così ad es. pare s'avvisi di porre l'origine dell'obbligazione etico-giuridica nella congruenza delle norme coll'umana natura. Molto bene osserva egli che la fonte del dritto naturale è l'umana natura « quae nos etiamsi re nulla indigeremus, ad societatem mutuam appetendam ferret ¹⁾ ».

Meglio ancora dirà che il dritto naturale « est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, seu eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari, aut praecipi ²⁾ ». Ma Grotius non si contenta di questo, va più lontano e in ciò consiste appunto il suo maggior torto. Sentiamolo: « Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat ³⁾ ». Altrove dirà in modo più espressivo ancora: « Et haec quidem quae jam diximus locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana ⁴⁾ ».

Questo l'errore principale di Grotius che pone il germe di conseguenze fatali pel diritto e per la morale, quali troveremo presso Kant; conseguenze che Th. Meyer ritrae nei termini seguenti: Ateismo nella scienza e nella vita, Machiavellismo nella politica ⁵⁾.

¹⁾ GROTIUS, *De jure belli et pacis. Prolegomena*, § 16.

²⁾ L. c. lib. I, c. 1. § 10 ad 1.

³⁾ L. c. I, c. 1. § 10 ad 5 et 6.

⁴⁾ *De jure belli et pacis. Prolegomena*. § 10 et 11.

⁵⁾ TH. MEYER, *Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts*, pag. 50.

2. Non sembra Grotius aver bene afferrato il pensiero tradizionale sulla relazione esistente tra la ragione umana e la ragione assoluta divina, ossia la *lex aeterna* nel senso tomistico; se si fosse limitato a dichiarare la differenza naturale tra bene e male, tra giusto e ingiusto come qualche cosa d'indipendente dalla libera volontà divina, anzi, come aventi il loro fondamento nella sua stessa essenza, avrebbe non solo espresso il pensiero di S. Tommaso ¹⁾, sì ancora una verità che si potrebbe chiamare il fondamento di ogni sana filosofia; volendo invece troppo provare non prova nulla e ne falsa il concetto genuino.

Pare che Grotius si fondasse sul bisogno e sull'impulso sociale per affermare di necessità assoluta l'ordine giuridico. Per quanto potentemente il fisico bisogno abbia contribuito al sorgere di rapporti giuridici e sociali, non può certo aver prodotto il diritto, chè anzi è questo la condizione, *sine qua non*, dell'attuazione della vita comune da parte degli uomini.

Il semplice bisogno non racchiude nè diritto nè dovere morale, e, non racchiudendoli non possono neppure esser da lui dedotti; il bisogno è solamente qualche cosa di *fatto* non di *diritto*. Il bimbo abbisogna certo dell'educazione e della sorveglianza; ma questo non genera pei genitori il diritto e il dovere di dirigerlo. Ad onta del bisogno che urge, non sono obbligato a prender cibo e bevanda, e quindi parimenti a stringere società con altri e sottomettermi alle loro esigenze.

Il bisogno provoca certo verso la società un impulso, che può divenir motivo; ma fino a quando non mi s'ha dimostrato che son tenuto a seguire detto impulso, la sociabilità e le leggi che ivi si erigono alla dignità di diritto, non sono altro che un prodotto arbitrario suscettibili a ogni momento di riforma, di abolizione e di reintegrazione. In quel modo che il puro bisogno per se stesso non mi obbliga ad accontentarlo così non sono obbligato a fare tutto ciò che rende possibile la vita sociale, ne favorisce l'incremento e la longevità ²⁾.

Non è possibile, ed a suo tempo lo mostreremo, che la forza obbligatoria delle norme giuridiche possa scaturire dalla natura razionale o dalla natura degli atti, ma solo dalla sapienza divina, da Dio, come da Colui che è creatore della natura, legislatore assoluto e infinitamente santo sopra tutti gli uomini. Dio è causa prima del creato, da Lui dipende quanto esiste o è suscettibile di esistenza; togliete Dio, toglierete non solo la fonte ultima dell'ordine etico e quindi dell'obbligazione, ma ancora ogni

¹⁾ S. THOM., *C. Gentiles*, III, c. 129; *Sum. theol.* 1, 2, qu. 94, art. 2; qu. 51, art. 3.

²⁾ ULRICI, 1. c. pag. 216 ss.

rapporto possibile, ogni esistenza, non resta più nulla non potendo l'effetto venir alla luce senza la rispettiva causa che lo produca.

3. Appena s'osservi, in ogni ramo di scienza s'incontrano delle nozioni che appaiono costanti dappertutto e in ogni tempo, immutabili sempre di fronte alla perpetua mutabilità delle cose e delle opinioni.

Così il furto, l'assassinio, lo spergiuro, l'adulterio, il mancare alla fede data, il tradire la patria furono sempre riguardati da tutti i popoli, come qualche cosa d'indegno e di cattivo nell'ordine morale e nel giuridico; senonchè, non posson simili giudizi rivendicare dall'umana natura l'ultima loro base; la ragione è anzi costretta a riconoscerli come verità oggettive, cioè a dire, come principi necessari che costituiscono la pietra angolare dell'ordine etico e del giuridico, non meri fantasmi, ma nozioni che hanno un fondamento vero, immutabile, eterno; che a prima vista rivelano la sapienza infinita del Creatore, qual causa unica, esplicativa.

Non solo è questa la soluzione più logica, ma ancora la sola possibile per il motivo che ci mette nell'alternativa o di riconoscere una scienza morale, come pure una scienza giuridica aventi dei principi primi, necessari, o di negare ogni scienza, il che ripugna. Dunque queste nozioni superano i limiti angusti dell'umana natura, assorgono fino alla fonte prima, eterna di tutte le cose; ora, se la natura è la norma immediata del giusto e dell'ingiusto, può solo essere immutabile nella misura che le idee dell'uomo s'assimilano colle idee nell'intelletto del Creatore. Le idee poi delle cose nella conoscenza divina non sono altro, in sostanza, se non gli esemplari delle cose quali le ha create.

L'essenza divina è dunque la causa ultima che spiega perchè la umana natura sia immutabile per essenza, perchè le molteplici sue azioni convengano o disconvengano necessariamente, ossia, perchè v'abbia una differenza immutabile e necessaria tra il bene e il male, tra il giusto e l'ingiusto.

4. Vano sarebbe qui l'obbiettare che questo secondo argomento, si espone a dichiarare l'ordine etico-giuridico indipendente dalla legge eterna, dalla norma suprema di ogni operare. Di fatti non poteva Dio creare l'uomo e non dare tutto ciò che da natura gli conveniva, come non poteva assegnare un fine senza i mezzi sufficienti a conseguirlo. In questo senso non è la volontà, sibbene la sapienza o la ragione divina la norma suprema di ogni operare. Questa condizione *sine qua non* pende dalla sapienza divina anzi che dalla volontà, perchè l'ordinare a un fine è proprio della ragione senza punto necessitare la volontà creatrice, presupponendola anzi pienamente libera. Si potrebbe qui obbiettare che per agire moralmente conviene prima riconoscere che il comando imposto è

buono, per lo meno non cattivo, che quegli che comanda ha il diritto di comandare, e a noi incombe il dovere di ubbidire.

Certo, abbisognamo da natura di una norma che sia in noi presente, presente nella ragione, chè, senza questo lume innato che si esplica nella conoscenza naturale del bene e del male, nessun precetto esterno è di tanto da indurre un obbligo nella nostra coscienza.

Ma qui sorge un'altra difficoltà, cioè quella di sapere donde provenga questa conoscenza che fin da natura si manifesta presente in tutti gli uomini. Questa conoscenza che ogni uomo venendo all'uso della ragione acquista naturalmente e necessariamente (*habitus primorum principiorum*) è una manifestazione dell'intelletto divino, di cui similitudine è la ragione umana.

La conoscenza del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto non è altro che una felice partecipazione della sapienza del Creatore, un riverbero dell'eterna luce nella ragione creata. S. Tommaso ritrae questo pensiero in una definizione di rara e squisita bellezza: « *Natura nihil aliud est quam ratio cuiusdam artis, scilicet divinae, indita rebus, quae ipsae res moventur ad finem determinatum* (in 2 Phys. L. 14) ».

La coscienza è il « *praeco* » di questa legge che si trova nella natura umana. La ragione esprime certo il dritto, ma non è il motivo fondamentale dello stesso, o lo è in modo molto incompleto, molto improprio. Infatti, non è dessa un essere distinto dall'uomo, non è il suo superiore; mostra all'uomo che cosa sia il disordine che porta seco nell'ambito spirituale ed etico la violazione del dovere, ma nello stesso tempo fissa lo sguardo più in alto verso il Fattore, Conservatore di ogni ordine, norma ultima che rivela all'uomo l'idea del dovere.

Così le relazioni etico-giuridiche dell'umana natura colla legge eterna e coll'essenza divina spiegano a meraviglia la preminenza dell'ordine morale e del giuridico, che resterebbero altrimenti un mistero inesplicabile.

5. Spesso e molto si parla, si scrive di un ideale morale. Certo, l'uomo abbisogna di questo ideale, non è nato per istrisciare terra terra, sibbene per aspirare al grande, al bello, al nobile; ma tutti questi ideali sono riuniti nell'ideale per eccellenza, Dio medesimo. Ora, l'infinitamente perfetto, l'infinitamente santo è la nozione di tutti gl'ideali possibili, e chi davvero si sforza di conformare la sua vita all'ordine morale, chi vive di quell'ordine che la sua stessa natura rivela, quegli rassomiglia sempre più da vicino a questa fonte primaria di ogni ideale.

Dunque, solo nell'unione intima col fine supremo e ultimo dell'uomo e di tutta la creazione, acquistano il diritto e l'obbligazione un valore vero, il giusto loro significato, e quindi, fallace è l'ipotesi di Grotius, priva non solo di qualsiasi portata scientifica, ma contraddicente ai po-

stulati primi e più elementari di quella stessa natura ch'egli voleva erigere a norma ultima dell'ordine etico-giuridico. No, la congruenza delle norme giuridiche coll'umana natura non può spiegare l'origine della loro forza obbligatoria, perchè, come ci siamo sforzati di provare, senza Dio non v'ha diritto, non v'ha dovere, non più rapporto di sorta; impossibile sarebbe la natura stessa.

§ 2.

Congruenza colla ragione soggettiva (Kant).

1. La reazione di J. J. Rousseau contro la monarchia assoluta pare facesse breccia per tempo in Germania, impressionasse vivamente il Filosofo di Königsberga, agisse con tanta più efficacia in quanto si studiava come emancipare l'uomo da Dio. L'*Individualismo* rousseauviano sembra anzi sostanzialmente identico all'*Autonomia* kantiana; se non che questa va molto più lontano di quella; costituisce un principio ancor più pericoloso che l'*Individualismo* nel concetto di J. J. Rousseau.

Già lo spagnuolo Basquez fa allusione ad una Autonomia morale ¹⁾, che uno de' suoi contemporanei prende tosto a confutare ²⁾; il darne uno studio perfetto era riserbato a Kant, come a quegli che l'aveva presa come base fondamentale del suo insegnamento. Da allora a questa parte il principio kantiano venne considerato come dogma inconfutabile non solo dai sedicenti dotti, ma anche da non pochi cultori della scienza e del progresso moderno. Così A. Dorner dirà che l'Autonomia ha per caratteristica essenziale la moralità ³⁾; Th. Lipps va più in là ancora, afferma che l'obbedienza è immorale ⁴⁾.

Ma qual'è il vero significato di questa dottrina oggi sì diffusa, da pochi però nelle sue conseguenze studiata? L'Autonomia nel senso di Kant e de' suoi cultori, non è altro che l'indipendenza dell'uomo da qualsiasi legge obbligatoria che non sia quella da lui medesimo impostasi ⁵⁾;

1) G. BASQUEZ. *In* 1. 2, *disput.* 150. c. 3, n. 25.

2) SUAREZ, *De Legibus* II, c. 5.

3) *Das menschliche Handeln* (1895) pag. 272.

4) *Die ethischen Grundfragen. Zehn Vorträge* (1899) pag. 107: « Gehorsam ist unsittlich... nicht als That, aber als Gesinnung, als unfreier oder Knechtischer Sinn ».

5) KANT, *Grundl. zur Metaphysik der Sitten* W W. IV (Ausg. Hartenstein) pag. 20 e pag. 42; *Kritik der prakt. Vernunft*, W W. IV pag. 151. La caratteristica specifica dell'imperativo categorico è la « Lossagung von allem Interesse beim Wollen aus Pflicht »; un simile volere è poi solo possibile nel-

ossia non dovranno più i precetti morali esser considerati come provenienti da un'autorità lungi da noi e a noi superiore; l'uomo « *als Vernunftwesen* » impone a se stesso « *als Sinnenwesen* » la legge e di per se medesimo s'obbliga ad osservarla.

Il dovere si riduce quindi alla « *Notwendigkeit einer Handlung aus Achtung fürs Gesetz* »; e questa legge non è altro in sostanza che la propria legge, non una legge estranea. Chi agisce in omaggio ad una legge che non sia quella che egli stesso si è imposta, agirà legalmente, ma non mai moralmente; che anzi, la vera dignità dell'uomo sta appunto nell'esser fine a sè; come tale non può sottomettersi ad una legge estranea (*fremdes*) a meno che prima non abbia fatto di questa « *fremdes Gesetz* » una sua propria legge, cioè a dire, si sia prima obbligato ad osservarla.

L'Autonomia morale si oppone adunque ad ogni autorità che non sia la propria. Vediamone il rispettivo valore ¹⁾. -

2. Il principio primo, la fonte di ogni autorità, come vedemmo e meglio vedremo a suo tempo, è l'autorità divina; ivi solo trova il potere politico la sua legittimazione, attinge la forza organica di comandare e di esigere l'ubbidienza da parte de' sudditi; chi astraе come quegli che nega l'autorità divina al disopra dell'autorità creata, toglie il fondamento necessario di ogni autorità, l'alimento, la vita.

L'uomo, ut sic, vanta i medesimi diritti, è uguale al suo simile; e solo nella misura che, mediante la legge etico-naturale, riconosce l'autorità come necessaria, necessaria l'obbedienza, nasce in lui il dovere di sottomettersi a un altro uomo, investito di detta autorità.

Ma in ultima analisi ogni legge trova la sua giustificazione, la sua forza in Dio.

Ora, chiunque neghi l'Eteronomia come immorale, dovrà pure negare l'autorità divina; sostenere invece che quanto più si ricusa di obbedire a una legge che non sia la propria, tanto più si presta tributo all'Autonomia, s'agisce moralmente. La conseguenza si è che Dio, infinitamente santo e sapiente, non può comandare all'uomo, perchè essendo il suo comando eteronomo, sarebbe immorale, nè l'uomo può ubbidire perchè l'obbedienza ad altri che a sè, costituisce una rinuncia della

l'ipotesi che la volontà non sia sottomessa a una legge altrui, ma essa stessa sia « *zu oberst gesetzgebend* », sovranamente *nomotetica* ».

L'imperativo categorico comanda, « *alles aus der Maxime seines Willens als eines solchen zu tun, der sich selbst als allgemein gesetzgebend zum Gegenstande haben könnte* ». (*Grundleg. zur Metaphysik der Sitten* pag. 57; Krit. d. pr. Ver. pag. 134.

¹⁾ Cfr. TH. MEYER, *Institutiones juris naturalis* pag. 206, n. 253 ss.; *Die Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts*, del medesimo autore, pag. 53 ss.; V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, vol. I, pag. 204 ss.

propria dignità, una violazione dell'autonomia, il che, secondo Lipps, « ist unsittlich ¹⁾ ». L'uomo non ha nessun obbligo di ubbidire a Dio, Dio non ha il diritto di comandare all'uomo. Non può a meno questa teoria di negare il cristianesimo e ogni religione, che appunto riconosce la padronanza assoluta del Creatore sopra la creatura, padronanza che spetta a Dio come principio e ultimo fine. Se Kant, se i suoi seguaci, ad onta di questo, ci parlano di religione, è un procedere falso e calcolato, solo atto e ingannare; si conserva l'espressione, le si cambia il significato, o le si toglie affatto. Molto a proposito tornano qui le parole di *Ausonio Franchi* ²⁾: « Il razionalismo non repudia in modo assoluto il dovere: verbalmente, è vero, perchè dice di non volerlo negare; ma realmente, è falso, perchè la sua dottrina è *una negazione assoluta della moralità*. Essa a parole ammette un principio, una legge che impone alla coscienza un dovere; ma a fatti rigetta ogni principio di dovere ed ogni legge di coscienza. Perocchè non v'ha principio di dovere senza Dio, essendo in lui solo la fonte di ogni autorità, che possa obbligare una volontà libera; e senza libertà non v'è legge di coscienza, perchè solo un agente libero è capace di riconoscere una legge morale ed una morale obbligazione. Or bene, abbiamo testè udito che il razionalismo nega formalmente l'esistenza obiettiva, reale e sostanziale di Dio: dunque nega ogni principio di dovere ed ogni legge di coscienza. Non ammette Dio se non come un ente immaginario e mitologico, tale cioè, che ognuno se lo foggia *conforme alle condizioni della sua mente e del suo cuore*: dunque non ammette un principio di dovere se non come fittizio, arbitrario, tale insomma che ognuno se l'accomoda come gli pare e piace. Vale a dire, che da una parte s'aggiunge la derisione alla negazione di Dio, e dall'altra alla negazione del dovere. E udiremo quanto prima, che il razionalismo converte espressamente la legge morale in legge fisica, perchè la confonde insieme colle altre leggi della natura corporea, in cui tutto è predeterminato, e nulla è libero: dunque nega pure ogni legge di coscienza, ossia non ammette se non una legge, che è la negazione assoluta della coscienza e della moralità ³⁾ ».

3. Ma l'Autonomia kantiana non solo toglie l'autorità divina, ma distrugge eziandio ogni autorità umana, questa essendo una partecipa-

¹⁾ *Die ethische Grundfragen* (1899) pag. 107.

²⁾ *Ultima Critica*, Parte seconda (Milano 1891) pag. 320.

³⁾ V. CATHELIN, *Moralphil* vol. I pag. 216-217: « Wahr ist, dass das sittlich Gute des Menschen eigenste, frei Tat sein muss. Niemand kann durch fremdes Tun und Lassen sittlich gut oder schlecht werden. In diesem Sinne ist der Mensch das, wozu er sich selbst durch eigenes, freies Tun gemacht hat. Aber dass der Mensch beim sittlichen Handeln nur sein eigenes Gesetz erfüllt gehört ebensowenig zum Wesen wahrer Sittlichkeit, als es — nun im Hartmannschen Vergleich zu bleiben — zum Wesen der Ernährung und des Fest-

zione di quella. La società senza il potere politico non è possibile, come non è possibile un corpo organico senza il principio vitale. È proprio della natura della società, come è proprio di ogni corporazione, l'avere un'autorità che ne diriga le forze verso il benessere senza di che tolto sarebbe lo scopo di una vita in comune. Come però diverse sono le opinioni a seconda dei pregiudizi, non tutti convengono sul come dirigere teleologicamente lo Stato; posto anche fossero d'accordo sul fine, non tutti lo sarebbero sui mezzi; la necessità sorge di un potere politico che abbia pieno diritto di dettar delle leggi obbligatorie, di esigerne l'osservanza, dovesse anche usar della forza e dei castighi. Senonchè ripugna tale autorità, essenzialmente eteronoma, nè può affatto sussistere coll'autonomia. E qui viene naturale l'alternativa: O lo Stato non ha il diritto di dettare delle leggi pel benessere della società e di astringere i sudditi facendo nascere nella loro coscienza dei doveri, o possiede questo diritto.

Non lo ha? Allora vano è il concetto di autorità, vana la nozione di Stato, legittima giustificata l'anarchia nel significato più largo, più brutale.

Ha invece l'autorità, il diritto di legiferare? Allora avrà parimenti il diritto d'imporre dei doveri inducenti un'obbligazione nella coscienza dei sudditi, doveri che non procedono dalla volontà e dall'autonomia personale, bensì dal potere che li obbliga, volere o no. A mo' d'esempio, non già perchè il suddito obbliga sè stesso a servir la patria, a pagar le imposte ne nascerà in lui il dovere, sì perchè l'autorità lo vuole e lo obbliga in conseguenza; così, l'autorità, non il suddito è la causa del dovere.

4. Giova qui osservare che il potere politico può solo obbligare i sudditi, alla condizione che fin da natura, siano convinti del dovere sacrosanto che incombe loro di ubbidire all'autorità legittima ogni qual volta non eccede questa i limiti della sua competenza ed indice delle norme in piena conformità colla ragione e colla teleologia universale.

Tuttavia la fonte genetica immediata dell'obbligazione positiva non è la pura legge, non la ragione del suddito, ma la ragione del superiore

werdens gehört, dass man nur die Speisen genieße, die man selbst gekocht hat. Ia, die kantische Autonomie zerstört die wahre sittliche Ordnung, indem sie den Menschen aus der ihm gebührenden Stellung herausreißt. Der Mensch ist nicht « absoluter Selbstzweck », nicht sein eigener unumschränkter Herr, sondern das Gebilde der allmächtigen Schöpferhand, der Knecht, der, wie alles Irdische, zum Dienste und zur Verherrlichung seines Herrn da ist. Nur törichte Hochmut kann den Erdenwurm zum Selbstzweck und absoluten Herrn seiner selbst machen und auf den Thron der Gottheit erheben wollen....

Der Erlöser sagt: Willst du in das Leben eingehen, so halte die Gebote Gottes; Kant dagegen behauptet: Tust du etwas, weil es Gott dir geboten, so handelst du nicht sittlich.... »

che vede e sa ordinare ogni cosa pel benessere della comunità. Se l'autorità ha dunque il diritto di obbligare i sudditi, agiranno questi *ex motivo officii* (aus Triebfeder der Pflicht) quando faranno ciò che l'autorità comanda, perchè lo comanda.

L'autonomia kantiana nega, non può a meno di negare, al potere politico il diritto di portare un'obbligo nella coscienza dei sudditi; riduce l'autorità a una parola vuota di senso e di realtà. Se ancora v'ha un potere politico, la sua missione non è quella di obbligare i sudditi a fare o non fare una cosa, chè, non ha il diritto, sì, al massimo, di minacciare un male fisico a quegli che violerà i suoi precetti, pronta sempre colla forza materiale a ottenere la sottomissione di chi fosse ribelle, come farebbe un tiranno o l'assassino, che coll'arma alla mano domanda la vita o la borsa. Ora non ci fa più meraviglia quando lo stesso Kant ci definisce lo Stato la riunione « *einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen* ¹⁾ », quando non riconosce all'individuo altro diritto naturale se non la libertà limitata dal seguente principio giuridico: « *Handle äusserlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von Jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne* ²⁾ », quando ci dice che il diritto è l' « *Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen mit der Willkür des Ander nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann* ³⁾ »; quando infine, per riassumere il tutto, « *das strichte Recht kann auch als die Möglichkeit eines mit Jedermans Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmenden durchgängigen wechselseitigen Zwangs vorgestellt werden* ⁴⁾ ».

Come l'autorità politica, così l'autorità del padre di famiglia, l'autorità del padrone sul servo, breve, ogni principio autoritativo, ogni vero diritto che tenderebbe a far nascere un dovere nella coscienza altrui diventa impossibile di fronte all'autonomia kantiana, principio rivoluzionario e anarchico, il « non serviam » che sotto il manto di una scienza bugiarda erige petulante la sua divisa di fronte a Dio, alla società ⁵⁾.

5. L'autonomia vuole l'uomo fine a sè stesso; dunque uguale a Dio perchè Dio solo è fine a sè! L'uomo, questo misero verme terreno che nulla possiede di suo se non quanto ha ricevuto dal Creatore, che l'ha tratto dal nulla, gli ha dato la vita, gliela conserva; l'uomo, creatura composta di polvere, destinata a tornare in polvere, fine a sè, uguale

1) *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, II Th. § 45.

2) *Einleit. in die Rechtslehre* (Opera 1838, vol. V) § C. pag. 31.

3) L. c. § B. pag. 30.

4) L. c. § E. pag. 32.

5) TH. MEYER, *Institutiones* l. c. I, p. 407 ss.; II, p. 272 ss.

a Dio ! Ogni agente razionale opera per un fine, nè Dio, sapienza, santità per essenza, poteva crear l'uomo perchè fosse fine a sè, ma perchè fosse a Lui sottomesso, attendesse alla sua glorificazione quaggiù sulla terra. Dio ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza, vuol essere da lui onorato per così renderlo partecipe della vita beata che gli ha riserbato ; se poi ricusa di onorarlo, onorerà Dio suo malgrado, non più nella sua infinita bontà e misericordia, ma nella sua giustizia e santità. Si vuole l'individuo autonomo, lo si vuole fine a sè perchè possa agire moralmente, « aus Triebfeder der Pflicht », come se non si potesse crescere, fortificarsi se non cibandosi di ciò che noi stessi s'avesse preparato ; come se per divenir dotti fosse necessario studiare solo quello che di propria testa s'avesse scelto, non quello che da altri potesse venir suggerito o prescritto.

L'uomo deve agire coscientemente, liberamente ; ma per agire in conformità alla ragione e alla morale, esso non è punto necessitato a fare solo quello che da sè medesimo s'è imposto ; questo è anzi impossibile a meno che non si voglia emancipar l'uomo da ogni legge che non sia una sua propria per elevarlo alla pari della divinità facendolo fine a sè stesso.

I precetti etici sono vere e proprie leggi che inducono nella coscienza un dovere assoluto ; una legge come norma d'ordine non si può per altro concepire senza il rispettivo superiore, autore intelligente cui la nostra volontà è sottomessa. Niuno può essere legislatore di sè stesso, chè, essendo questo termine relativo, implica necessariamente un rapporto tra un superiore e un suddito. Ora la legge è l'espressione di una volontà che comanda ma che non può essere la nostra.

Invero, se fosse la nostra volontà che comanda si presenterebbe tosto la questione : Ci obblighiamo liberamente sì o no ? Nel primo caso non avremo mai una vera obbligazione potendola togliere a ogni istante, liberarci a piacimento da quel vincolo che ci avevamo imposti ; nel secondo caso, ossia quando ci fossimo obbligati necessariamente, allora dovremmo pur confessare che detta necessità non dipende da noi. Donde dunque ? Qui sta il nodo gordiano che Kant non seppe sciogliere, ma che s'illuse di spiegare mediante « l'imperativo categorico ».

6. Dall'« imperativo » risulterà ancor meglio quanto derisoria sia l'autonomia, quanto poco onore farebbe al pensiero germanico se da quella solo dovesse sperare la gloria, il vanto. A che si riduce l'*Imperativo categorico* ?

Il Filosofo di Königsberga ci dice essere tale di per sua natura da racchiudere in sè medesimo la propria giustificazione, che omette di rettificare. Ci lascia nondimeno una risposta significativa quando os-

serva che non possiamo comprendere la necessità pratica, assoluta dell'imperativo morale, che comprendiamo invece l'incomprensibilità, che è quanto si possa esigere da una filosofia che aspira nei principii fino ai limiti estremi dell'umana ragione ¹⁾.

Questo il principio fondamentale che il Kant pone a base dell'autonomia; pratico del resto perchè alla portata di tutti, anche di quelli che non capiscono. Il privilegio, il merito precipuo sta precisamente nell'essere qualche cosa d'incomprensibile; da qui la dignità scientifica d'imperativo categorico! *Qualche cosa d'incomprensibile!* Ecco la norma suprema di un operare libero, razionale; ecco il punto al quale dobbiamo tendere per operare in armonia colla ragione, colla coscienza; *un qualche cosa d'incomprensibile*, che sorge senza saper donde, nè come; che si impone, esige obbedienza assoluta; *un non so che d'incomprensibile*, del quale non concepiamo che l'inconcepibilità; questo il simulacro davanti al quale convien piegar la fronte, offrir l'incenso, la preghiera, l'essere, le azioni.

Val proprio la spesa di far dell'ordine etico una scienza a parte, la scienza più importante perchè più da vicino si dirige all'uomo; val la spesa che degl'ingegni eletti, da Aristotile a noi, v'abbiano consacrato una vita di studi, di laboriose ricerche per render omaggio a un qualche cosa che sfugge alla nostra conoscenza!

Strauo, inconcepibile davvero che si debba oggi ubbidire senza riserva a un legislatore autonomo, del quale non sappiamo altro se non che sfugge, supera la nostra conoscenza! Certo, non si poteva pretendere di più dall'umana ragione; ma in nome della libertà e della dignità neppure la si poteva degradare cotanto.

7. Quando la scolastica, da tanti odiata senza essere conosciuta, da molti ingiustamente aggredita perchè troppo teocratica nelle sue idee, esige un'ubbidienza completa ai principii etici che hanno la loro base prima nella ragione divina, che trovano il loro riverbero nell'umana natura, è facile capire che Dio, come Creatore, fine assoluto, ha allora pieno diritto d'esigere da noi sottomissione perfetta, e in questo senso l'imperativo categorico non è più qualche cosa d'incomprensibile, bensì il faro che getta una luce nuova in tutta e nelle singole parti della creazione; la teleologia ammirabile che ivi regna si spiega tosto; ogni cosa è a suo posto: la sua dignità rispettiva, l'armonia generale mani-

¹⁾ *Grundl. zur Met. d. Sitten.* W W. IV, pag. 93: « Und so begreifen wir zwar nicht die praktische unbedingte Notwendigkeit des moralischen Imperativs, wir begreifen aber doch seine Umbegreiflichkeit, welches alles ist, was billigermaßen von einer Philosophie, die bis zur Grenze der menschlichen Vernunft in Prinzipien steht, gefordert werden kann ».

Cfr. TH. MEYER, *Grundsätze* I. c., pag. 58 ss.

fešta appieno la sapienza, la santità divina; più e più sembra nobile l'obbedire senza riserva al Creatore; breve, l'imperativo categorico diventa qui il punto di partenza di tutto l'insegnamento cristiano.

L'imperativo kantiano invece è una caricatura della coscienza e della forza obbligatoria, è la forma vaga, la lettera morta di una legge scritta, dalla quale una mano bestiale ha strappato il sigillo che faceva fede della legittima autorità senza punto poterlo contraffare. Nel senso stretto della parola non può a meno di condurre alla terribile alternativa — *Fatalismo* o *Panteismo* — da una parte negazione di ogni dignità umana, dall'altra divinizzazione della medesima.

Sotto qualsiasi aspetto si consideri l'autonomia, la si trova deficiente, ripugnante al buon senso, alla ragione; un postulato che, ben lungi dall'appagare le aspirazioni del cuore umano, lascia il vuoto, la disillusione, lo sgomento ¹⁾.

8. Da qualche giurista invece dell'autonomia della ragione si pensò far valere l'autonomia dell'individuo. Così il Bierling ²⁾. L'aderire della norma giuridica alla coscienza è, a parer suo, il punto capitale del diritto, quello che la differenzia da ogni norma; questa specie di solidarietà spirituale della norma colla nostra coscienza egli la denota colla parola *Anerkennung* ³⁾.

L'*Anerkennung*, o il previo consenso, è il momento costitutivo del diritto e della sua forza imperativa. A mo' d'esempio, il contratto è una forma autorevole, per il motivo che racchiude l'*Anerkennung* di una norma che vuole ed esige il rispetto, l'osservanza. Perchè una legge obblighi, abbisogna e basta dunque il previo consenso ⁴⁾. Mediante questa

¹⁾ Cfr. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, vol. I, pag. 359 ss. e pag. 207.

²⁾ *Juristische Prinzipienlehre* (Freiburg i. B. 1898); *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* (Gotha, 1877).

³⁾ I. PETRONE, *La Fase recentissima della Filosofia del diritto in Germania*, p. 122, ss.

⁴⁾ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, vol. I (Freiburg i. B. und Leipzig 1894) pag. 29: « Norm ist Ausdruck eines Wollens, das seine Vollziehung von anderen erwartet, einer Zwecksetzung mit der Maassgabe, dass der Wollende oder als wollend Gedachte den Zweck nicht sich selbst sondern einem anderen setzt, und zwar ohne Rücksicht auf die Person des Wollenden selbst und ebenso ohne Rücksicht auf den Willensakt als solchen » pag. 30 « Alles Recht besteht in Normen; was sich nicht auf Normen reduzieren lässt, gehört in Wahrheit dem Rechte selbst nicht an. » l. c. pag. 40: « Von allen anderen Arten von Normen des menschlichen Zusammenlebens unterscheiden sich die Rechtsnormen dadurch — und nur dadurch, — dass sie als Norm und Regel des äusseren Zusammenlebens anerkannt werden innerhalb eines bestimmten Kreises von Menschen und zwar von den zu diesem Kreise Gehörigen als von « Genossen gegenüber Genossen ».

Spiega poscia che sia la Normen-Anerkennung pag. 43: « Die Norm (der Imperativ) inhäriert fortan gleichsam unserem Geiste, so dass sie nicht nur auf dessen ausdrücklichen Ruf, sondern auch unwillkürlich, nach den allgemeinen

innovazione tentò il Bierling di sciogliere il problema giuridico, ma fu questa una soluzione più fittizia che reale.

9. Se ben riflettiamo, l'*Anerkennung* presenta un'esigenza sì, ma una mera esigenza che non vanta titoli o prove di sorta; un'esigenza dove, non si sa come, primo ad apparire è il contrasto acerbo di un dissidio profondo tra l'esigenza stessa e il contenuto reale, tra la vitalità dell'una e la sterilità dell'altro, dove appare questa cooperazione spirituale non già come uno stato reale della coscienza e delle coscienze individuali, ma come un'ipotesi intellettuale, che, a seconda del caso, può assumere una portata puramente logica o perdere invece il carattere d'ipotesi intellettuale per divenire un mero sinonimo della legalità costituzionale delle leggi dell'associazione ¹⁾.

Quando ci proponiamo di studiare l'elemento psicologico, che dà al diritto la sua specifica di obbligatorio, vogliamo anzitutto sapere quale sia e che sia la virtù determinante i soggetti. L'*Anerkennung* ci insegna nulla di tutto questo; essa è un semplice giudizio ch'esprime l'adesione intellettuale ad una norma data e nulla più. Il mero assenso intellettuale da una parte, dall'altra la deliberazione volitiva non sono punto due cose in una sola, ma due stati di coscienza diversi, riducibili se si vuole, nel senso cioè che dal primo passiamo al secondo, non però senza uno sforzo reale ed efficace che determini le facoltà emozionali e volitive, e renda così operoso quella prima adesione intellettuale. Del resto, se questa norma, come lo vuole il Bierling, è inerente di per sè stessa ed esiste per anticipazione nella coscienza delle persone associate, è difficile che queste

Gesetzen der Ideenassociation wieder in unser Bewusstsein treten und ihre treibende Kraft spielen lassen kann, bis sie durch eine widersprechende Norm verdrängt oder sonst dem Geiste (nicht) etwa bloss dem momentanen Bewusstsein völlig abhanden gekommen ist. Und eben dieses Inhäreren oder m. a. W. dieses unwillkürliche Festhalten des Geistes an einem gewissen Normenbesitze, dieses habituelle, dauernde Respektieren gewisser Normen ist es, was ich ebenfalls — *gleichviel woher uns diese Normen komen* — als Normen-Anerkennung bezeichne ».

Cfr. vol. II op. cit. pag. 364-365. — Cfr. TRENDLENBURG, *Naturrecht* (II Aufl. Leipzig 1868) pag. 87.

1) I. PETRONE *op. cit.* pag. 131 ss.: « Abbondano, segnatamente, incertezze ed equivoci che tolgono ogni rigore ed esattezza scientifica all'*Anerkennung*. Qua e là, invero, questa cooperazione spirituale viene assunta non già come un fatto, come uno stato reale della coscienza e delle coscienze individuali, ma come una ipotesi intellettuale, come una condizione necessaria del nostro concepimento dell'associazione. Ed allora essa depone il suo ricco contenuto psicologico, per assumere una portata puramente logica, e rappresenta il ricorso del Kantismo. Altrove, poi, essa perde il carattere di ipotesi intellettuale o di postulato razionale e diventa mero sinonimo della legalità costituzionale delle leggi dell'associazione. L'*Anerkennung*, allora, non dissimula la sua affinità sostanziale col *contratto sociale* e con la sovranità del popolo e rievoca, inopportuna-mente, il vecchio contenuto normativo del contrattualismo. Nè solo l'*Anerkennung* è polisensa ma manchevole altresì in qualsiasi senso la si assuma... ».

siano stimulate alla ricerca di ciò che posseggono; è invece naturale che il possesso razionale le faccia quiescenti, inerti ¹⁾.

Gran torto del Bierling fu quello di confondere l'aspetto oggettivo della verità coll'aspetto soggettivo. Esso trascura l'uno a detrimento dell'altro e così l'*Anerkennung* riveste una forma meramente soggettiva, volubile, ben lungi dal darci un assenso di soggetti unanime, persistente, tale da corrispondere a un fenomeno sociale qual'è il diritto.

10. Il previo consenso può nascere o dalla riflessione di ciò che dev'essere dritto, in guisa che la norma giuridica vien già riconosciuta come tale; o dalla conoscenza della propria debolezza, di fronte alla forza e qui vien essa riconosciuta come comando del più forte.

Nel primo caso sarà il riconoscimento un semplice omaggio al dritto che si deve *riconoscere*, cosicchè il previo consenso non è la base della forza obbligatoria; nel secondo sarà invece un mero atto di prudenza, mai la fonte del sentimento giuridico. Anche nel diritto consuetudinario non è l'*opinio necessitatis* un atto di previo consenso, bensì l'idea d'ordine dove i singoli si sentono vincolati nella pratica comune ²⁾.

La legge s'impone all'individuo non già perchè esiste da parte sua il previo consenso, bensì perchè proviene dall'autorità competente che intende obbligarlo, può ed ha il diritto di obbligarlo nei limiti ragionevoli del giusto e dell'onesto; chè anzi, è un dovere da parte del legislatore il far valere la legge di fronte a tutti, esista o non esista il previo consenso ³⁾. Con molta ragione dirà pertanto Igino Petrone: « Dalla teoria del Bierling, tutto sommato, non rimane di nuovo, di profondo, di luminoso che un principio, o meglio un sottinteso di alto valore ideale; la preesistenza del diritto alla società, della norma alla convivenza. È un sovrano principio della vecchia filosofia che il positivismo e lo storicismo hanno così allegramente deriso e che oggi torna tra noi, suffragato dalla fenomenologia e dalla critica della sociogenesi. Torto del Bierling è non averlo tesoreggiato abbastanza: merito altissimo averlo contrapposto all'empirismo naturalista ⁴⁾ ».

Si direbbe che il Bierling abbia tentato uno sforzo supremo di protesta contro il positivismo materiale, abbia voluto svincolarsi dalla concezione

¹⁾ Cfr. I. PETRONE *op. cit.* pag. 132 ss.

²⁾ Cfr. G. J. LIESKER, *l. c.*, pag. 2 ss. in nota.

³⁾ MOY DE SONS, *Das Recht ausserhalb der Volksabstimmung* (Regensburg und New York 1867) pag. 129: « Diese Mittel der Herrschaft sind ihrer Natur nach geeignet, den Willen des Herrschers den Bewohnern des Landes aufzuerlegen und von aussen nach innen auf deren Überzeugungen zu wirken; aber sie haben das Eigenthümliche, dass ihr Erfolg in keiner Weise abhängen soll und darf von der Zustimmung der Untergebenen ».

⁴⁾ I. PETRONE, *l. c.*, pag. 137.

storico-evolutiva ; ma il tentativo andò in gran parte fallito. Per lo meno però ha mostrato quale sia la strada da seguirsi, ha fatto vedere che non è vano, di tanto in tanto, ritornare ai vecchi principî del vero positivismo filosofico, quello cioè che solo conduce alla verità, alla scienza.

§ 3.

Congruenza colla ragione collettiva del razionalismo.

1. Si scosta questo sistema dal razionalismo kantiano per il motivo che, alla ragione soggettiva personale sostituisce la ragione collettiva e crede così spiegare *il meccanismo sociale*.

Fra gli altri possiamo ricordare il Proudhon come uno dei principali rappresentanti del materialismo contemporaneo. L'opera dove espone il suo programma rivoluzionario è il libro intitolato : *Della giustizia nella rivoluzione e nella Chiesa*. Ci sia qui lecito riportarne alcuni passi più salienti, dove si sforza di determinare che cosa sia la ragione collettiva.

« Maintenant » dic'egli, « il s'agit de donner à cet être collectif, dont nous avons démontré la puissance et la réalité, une intelligence, et c'est à quoi nous parviendrons par une dernière élimination de l'absolu, dont l'effet sera de créer la *Raison publique*, gardienne de toute vérité et de toute Justice, centre et pivot de toute raison particulière, et sans laquelle la *Foi publique*, ce bien précieux que tout gouvernement se flatte de donner, est impossible ¹⁾ ».

Più oltre dirà ancora : « Donc, élimination de cet absolu, et constitution de la raison collective par l'équation ou balance réciproque des pensées individuelles, voilà ce que requiert impérieusement le soin de la vérité et de la justice ²⁾ ».

Specifica meglio questa ragione collettiva : « Mais quelle idée se faire de cette raison collective, qui résiste avec tant de force et un succès si complet aux fantaisies de la raison individuelle ? Est-ce une âme, un esprit, une entéléchie, quelque chose comme ce que nous imaginons quand nous parlons de l'esprit divin, des intelligences célestes, de notre âme immatérielle et immortelle ? Et pourquoi non, si notre entendement ne peut concevoir autrement la chose ?....

¹⁾ *De la justice dans la révolution et dans l'église* (in tre tomi, Parigi 1858) tom. II, pag. 372.

²⁾ L. c. pag. 388.

Mais écartons ces conceptions absolutistes. Ce n'est pas ainsi que la Révolution, s'exposant elle-même, doit poser sa raison et procéder à la discipline des idées.

Dès lors qu'elle rejette de son programme les confessions de la foi religieuse et toutes les inventions de la philosophie transcendante, révélations, dogme, autorité, hiérarchie, église, discipline; dès lors qu'elle repousse le spiritualisme cartésien au même titre que le matérialisme d'Épicure, elle ne peut concevoir la *Raison publique* comme une entité métaphysique à part, un *Logos* antérieur et supérieur, mais comme la résultante de toutes les raisons ou idées particulières dont les inégalités, provenant de la conception de l'absolu et de son affirmation égoïste, se compensent par leur critique réciproque et s'annulent ¹⁾ ».

La ragione collettiva non solo è diversa dalle ragioni particolari, ma è loro superiore: « Or, nous voyons la raison collective détruire incessamment, par ses équations, le système formé par la coalition des raisons particulières: donc elle n'en est pas seulement différente, elle leur est supérieure à toutes, et sa supériorité lui vient justement de ce que l'absolu, qui tient une si grande place chez les autres, devant elle s'évanouit.

Convenons donc que la raison collective n'est pas un vain mot: c'est d'abord et indubitablement un rapport. Or, comme le rapport ou la raison des choses est en toute chose le fait capital, la plus haute réalité, je dis que la raison collective résultant de l'antagonisme des raisons particulières, comme la puissance publique résulte du concours des forces individuelles, est une réalité au même titre que cette puissance; et puisqu'elle se réunissent dans la même collectivité, j'en conclus qu'elles forment les deux attributs essentiels du même être, la raison et la force.

C'est cette *Raison* collective, théorique et pratique à la fois, qui depuis trois siècles a commencé de dominer le monde et de pousser dans la voie du progrès la civilisation; c'est elle qui a fait prévaloir le principe de tolérance religieuse, créé le droit public et le droit des gens, jeté les fondements de la confédération européenne, déclaré l'égalité devant la loi, rendu la philosophie aussi sacrée que la religion elle-même.

C'est elle que les tribunaux et les corps savants s'efforcent d'exprimer dans leur style, et que tout écrivain, tout artiste, après avoir dans la composition de son œuvre donné carrière à sa subjectivité, invoque en dernier ressort ²⁾ ».

¹⁾ PROUDHON, l. c. pag. 394.

²⁾ L. c. pag. 396-397.

2. Infine riassume il suo pensiero in un ultimo testo che ci permettiamo ancora di riportare: « En resumé, ce qui produit le pouvoir dans la société et qui fait la réalité de cette société elle-même est la même chose que ce qui produit la force dans les corps, tant organisés qu'inorganisés et qui constitue leur réalité, à savoir le rapport des parties. Supposez une société dans laquelle tout rapport viendrait à cesser entre les individus, où chacun pourvoirait à sa subsistance dans un isolement absolu, quelque amitié qui existât entre ces hommes, leur multitude ne formerait plus un organisme; elle perdrait toute réalité et toute force. Semblable à un corps dont les molécules auraient perdu le rapport qui détermine leur cohésion, au moindre choc elle tomberait en poussière ¹⁾ ».

Non fa qui certamente bisogno di molto acume per vedere che P. I. Proudhon, uno dei primi fautori dell'anarchismo, nega senza perifrasi il bisogno di un potere politico; a lui basta la ragione collettiva, cioè a dire la giustizia immanente nell'umanità, giustizia che compenetra la vita sociale, ne produce una certa qual forza di gravità e d'equilibrio, ordina di per se stessa il tutto, costituendo così l'unico potere che si possa conciliare colla piena emancipazione del genere umano.

3. Altri poi non insistono direttamente sulla ragione collettiva, ma vogliono però il progresso della cultura sociale come solo principio dell'autorità, e quindi come norma ultima del diritto ²⁾.

Lo Stein dirà che nello Stato di cultura l'obbedienza verso le autorità significa ricambio di fiducia reciproca. Il supremo grado di obbedienza del quale l'uomo di cultura e esso solo, sia capace, consiste appunto nella sottomissione alle autorità, non già per tema di castigo, ma neppure in omaggio alla credenza religiosa, non in vista di una ricompensa da

²⁾ P. J. PROUDHON, l. c., I, pag. 481.

¹⁾ L. STEIN, *Autorität*, in *Schmoller's Jahrbuch, für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, 26 (L'ipzig 1902) II, pag. 13: « Ist aber die Vernunft nur soziales Produkt, und kann also feinere Geisteskultur nur auf dem Boden staatlicher Ordnungen erwachsen, so ergibt sich von selbst, das Autorität die unerlässliche Voraussetzung aller Kultur, insbesondere aller feineren Geistigkeit ist und bleibt. ». L. c. pag. 14 (912): « Nicht mehr die Mystik, sondern die Logik ist der Born des modernen Autoritätsbegriffs. Die Notwendigkeit der Erhaltung und Respektierung von Autoritäten wird heute nicht mehr, wie in der grauen Vorzeit, herrisch befohlen, oder wie im Mittelalter im milden Kanzeltone gepredigt, sondern von der Wissenschaft als kategorischer Imperativ der Selbsterhaltung unseres Kultursystems mit eiserner Logik bewiesen ». pag. 20 (918): « Wird die Autorität, wie bei den Barbaren, auf Furcht gegründet, so ist's ein Zwang der Instinkten: wird sie, wie im Mittelalter, auf den Glauben gestützt, so ist's ein Gefühlszwang, eine Massensuggestion; wird sie, wie bei Spinoza, durch den Selbsterhaltungstrieb motiviert, so ist's ein egoistischer Kalkülzwang — eine Nützlichkeitservägung, ein Rechen exempel. Es sei daher eine vierte Begründung der Autorität eingeführt — ihre Erziehung zur Ordnung, zu Gesittung und Kultur ».

parte del sovrano in questa vita, o da Dio nella vita futura; non per mera prudenza o calcolo come lo vuole Spinoza, bensì per la convinzione intelligente che autorità e cultura sono due concetti in necessaria relazione tra loro ¹⁾).

Poche osservazioni appena basteranno a mettere in piena evidenza la falsità di questo sistema.

4. Se la ragione dell'individuo da per sè, come fu provato nel paragrafo precedente, non può essere norma ultima del diritto e fonte della forza obbligatoria, non lo sarà neppure la somma di molti o di tutti. Cento zeri sommati assieme non danno nè daranno mai una quantità positiva; se la ragione individua è impotente, lo sarà pure la ragione collettiva.

Quando dalla somma delle intelligenze la teoria in questione vuol tirare una ragione collettiva, manca di senno pratico; dimentica che la somma delle intelligenze non può essere qualitativamente diversa dalla ragione individuale; dimentica o finge di dimenticare che il suo criterio aumenta la quantità senza mai cambiare la qualità, soggettiva sempre per rapporto alle norme eterne della giustizia; che quindi la sua è una misura variabile a seconda dei tempi, dei luoghi e dei pregiudizi.

5. Per lo meno i partigiani di questa dottrina dovrebbero prima mostrarci perchè vi sia una differenza così profonda e radicale tra la ragione individuale e la ragione collettiva, perchè e come tante quantità negative sommate assieme possano e debbano dare un risultato positivo. Solo nell'ipotesi non già di quantità di un medesimo contenuto, ma di esseri razionali, uniti da un legame morale che li spinge verso uno stesso fine si potrà parlare di unità vera, mai però di ragione collettiva. La ragione collettiva come la giustizia immanente nell'umanità sono parole altisonanti, nulla più. Non riflettono i sostenitori di questo sistema che l'intelletto e la volontà sono in intima connessione fra loro, inerenti sempre alla persona che ne è il soggetto; dimenticano che nella pratica non esistono se non individui che pensano, agiscono e abbisognano di una

¹⁾ l. c. pag. 22 (920): In Kulturstaaten bedeutet Gehorsam gegenüber Autoritäten Austausch gegenseitigen Vertrauens. Das griechische *εὐπειθία* deutet dieses Gegenseitigkeitsverhältniss feinsinnig an; es bedeutet nämlich bald Gehorsam, bald Überzeugtsein. Der höchste Grad von Gehorsam, dessen ein Kulturmensch und nur ein solcher fähig ist, besteht eben darin, das man sich den Autoritäten unterwirft, nicht aus Furcht vor Strafe, aber auch nicht, wie die religiöse Färbung will, aus Hoffnung auf Belohnung, sei es im Inseits von Gott, oder im Diesseits vom König, endlich auch nicht aus purer Klugheit und Berechnung, wie Spinoza will, sondern aus Einsicht und Überzeugung, dass Autorität und Kultur einander fordende, bedingende Begriffspaare sind. Und so möchten wir denn als oberste Formel der Begründung aller Autorität den Satz aufstellen: *Keine Kultur ohne Autorität* ».

autorità visibilmente governante per vivere in comune, soddisfare ai loro molteplici bisogni, fisici e morali. Che pensare poi della teoria dello Stein?

6. Il risultato non sembra molto più felice del precedente. Invero se la cultura fosse norma del diritto e del dovere, dovrebbero questi, col perfezionarsi della stessa tendere, più e più verso un ideale perfetto; dovrebbe un popolo esser tanto più morale e giusto quanto più avanzato nella scienza, nell'arte, nel commercio e così via. Ma simile ipotesi contraddice all'esperienza di ogni giorno. Quante volte si videro e si veggono delle nazioni e degli individui molto avanzati in fatto di cultura che pure lasciano a desiderare non poco quanto ai loro obblighi di coscienza! Qualche volta anzi crescono i due coefficienti in senso inverso.

Certo, la vera cultura è in intima armonia col dovere, coll'ordine etico-giuridico, non però la cultura senza Dio e senza morale come quella che intende il nostro autore.

7. Se ci facciamo a domandare allo Stein quale sia il valore oggettivo che impronta l'azione della sua caratteristica morale, quali le opere che vi contribuiscono, se un capo d'arte, se un dramma pubblicato o una commedia, se il manchesterianismo o il socialismo, l'anarchia o l'autocrazia, il liberalismo o il Cristianesimo positivo, pare che la risposta non gli riesca troppo facile.

A ben poco varrebbero i sacrifici eroici compiti traverso i secoli in omaggio alla morale e alla giustizia se l'obbligazione si riducesse a un mero coefficiente di progresso, effimero forse, condannato per sempre all'oblio.

Lo Stein confonde la misura soggettiva dell'autorità colla misura oggettiva. Non v'è dubbio che il supremo grado dell'obbedienza, e il solo meritevole, è quello di un *obsequium rationale e voluntario*; ma qui non si tratta di questo; l'autorità ha il diritto di obbligarci non perchè l'uomo a quella soggetto ne approva il comando, sì perchè sono i suoi precetti necessari a conseguire il fine proprio della società indipendentemente dal pensare dei sudditi.

Lo Stein ha torto di venirci a parlare di autorità nel campo scientifico e letterario; autorità che certo nel campo scientifico e letterario esercitano un grande influsso: esse però non potranno mai sostituire l'autorità politica, una potenza cioè che può e vuole obbligarci a qualche cosa, astringendo anche quelli stessi che non fossero convinti dell'obbligazione di obbedire.

La congruenza colla ragione collettiva come il progresso della cultura non arrivano quindi a sciogliere il problema della forza obbligatoria delle norme giuridiche.

§ 4.

Congruenza coll'armonia dell'interesse.

1. Già Democrito († 350 av. Cr.) indica il benessere personale, individuale, come il sommo bene ¹⁾; Epicuro († 270 av. Cr.) pone invece questo maggior bene nella più gran somma possibile di piacere ²⁾, vuoi piacere del corpo, vuoi piacere dell'anima, evitando ogni dolore.

In tempi più moderni J. Bentham (1773-1836) riprese questo stesso insegnamento ³⁾ che s'ebbe di poi non pochi seguaci, come Mackintosh ⁴⁾ Stuard Mill (1806-1873) ⁵⁾, Austin ⁶⁾, A. Bain ⁷⁾, Herbert Spencer ⁸⁾.

Il movente dell'attività umana nella scuola sensualista era il piacere e il dolore; solo l'interesse, e l'interesse ben compreso, doveva servire di norma all'operare.

Bentham fa suo questo principio, lo generalizza chiamandolo utile; per lui il fine della legislazione pubblica si riduce così al *massimo* benessere e al *minimo* di miseria. L'individuo avrà per norma e motore unico dell'operare il proprio interesse posto nella somma di felicità possibile; l'interesse poi della società consiste nella somma degli interessi dei componenti la medesima. L'utile dell'azione è la sola misura della legalità, della morale, del giusto e dell'ingiusto; questo l'unico assioma che spiega l'intero meccanismo sociale. Così Hobbes aveva indicato come base della giustizia, l'egoismo; A. Smith, la simpatia; il primo credeva scorgere il diritto nell'interesse del più forte, il secondo nell'interesse di tutti. Riconciliare, riunire queste due correnti, egoismo e simpatia, fu l'opera della scuola utilitaria che vuol fare della scienza etico-giuridica una questione aritmetica.

2. L'armonia degl'interessi, ossia l'utilità, presa anche nel senso più largo, varia da individuo a individuo, da luogo a luogo, da tempo a tempo; è una misura meramente soggettiva, contingente, diversa, a

¹⁾ DIOG. LAER. IX, 45.

²⁾ DIOG. LAER. X, 128: Ἡδονὴν ἀρχὴν καὶ τέλος λέγομεν εἶναι τοῦ μακαρίως ζῆν.

³⁾ *Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1789); *Déontologie* (Bowring edit.).

⁴⁾ *Dissertations on the progress of ethical philosophy, chiefly during the seventeenth and eighteenth centuries*, (London 1851).

⁵⁾ *Dissertations and discussions political, philosophical and historical* (2^a edit. 1875); *Utilitarianism* (5th ed. 1875).

⁶⁾ *Lectures on jurisprudence* (1863).

⁷⁾ *Mental and moral science* (3th edit. 1872).

⁸⁾ *The Data of Ethics* (1879); Cfr. BOISTEL, *Philosophie du droit* (Paris 1899) vol. I pag. 111 ss.; vol. II pag. 227 ss.

seconda delle persone o degli Stati; varia a seconda dei tempi e delle circostanze; misura che non ha nulla a che fare colla norma assoluta del dovere ¹⁾.

Interesse e dovere sono qualità differenti, non ammettono una misura comune, nè si possono sommare senza incorrere in un assurdo; questo appare tanto più manifesto quando si pensi che siamo liberi di agire anche contro il proprio interesse, preferire il meno al 'più, senza per questo mancare ai doveri etico-giuridici. Tuttavia siamo lungi dal negare che l'interesse ben compreso coincida materialmente col dovere; o meglio, il solo eudemonismo possibile sarebbe quello della giustizia nel senso di Aristotile e di S. Tommaso; ma ciò non significa che l'interesse si confonda col dovere, o che l'uno sia la causa dell'altro ²⁾.

3. A prima vista, appare chiaro che spesse volte gl'interessi dei singoli fanno a pugni tra loro, e l'armonia può solo esser conseguita mediante sacrifici reciproci, come pure mediante la subordinazione del benessere privato al benessere pubblico. Non di rado questo si spinge tant'oltre da esigere dall'individuo il sommo dei sacrifici, la vita. Ora, dal punto di vista dell'interesse personale non sembra cosa facile l'esigere simile sacrificio, e tanto meno il far valere come dovere etico l'abbandonare la famiglia nel bisogno forse, sacrificare il tutto, la stessa vita per la patria.

¹⁾ ULRICH, *Naturrecht* (Leipzig 1873) pag. 217: «So mächtig und allgemein auch der Trieb nach Glückseligkeit waltet, er ist und bleibt ein blosser Trieb, dem ich auch nicht folgen, den ich auf richtige oder falsche Weise befriedigen kann, und von dem sich daher nicht darthun lässt, weder dass ich ihn überhaupt, noch dass ich ihn nur auf diese und keine andre Art zu befriedigen verpflichtet sei. Keine Theorie, die auf das Bedürfniss und den Trieb sich basirt, kann der Alternative entgehen: entweder der Mensch muss dem natürlichen Impulse des Bedürfnisses Folge leisten, — und dann giebt es kein Recht so wenig unter den Menschen wie unter den Thieren und Pflanzen: die Naturnothwendigkeit schliesst den Rechtsbegriff schlechthin; — oder die natürlichen Triebe sind unter die Botmässigkeit des menschlichen Willens gestellt, — und dann fordert der Rechtsbegriff den Nachweis, dass und warum der Mensch dem Triebe zu folgen, resp. ihn in dieser bestimmten Form zu befriedigen habe — ein Nachweis, der sich nicht führen lässt, weil er der Prämisse, dass der Trieb unter die Botmässigkeit des Willens gestellt sei, widerspricht ».

²⁾ W. SCHNEIDER, *Göttliche Weltordnung*, (Paderbon 1900) pag. 333: «Wäre aber auch die Vermutung annehmbar, das selbstsüchtige Wesen sich durch Erfahrungsweisheit zu einer eigennützigen Berücksichtigung fremder Ansprüche bekehrt hätten, so ist es doch nicht zu verstehen, wie sie überall und zu allen Zeiten auf den Gedanken geraten sein sollen, um des Wohlverstandenen Selbstinteresses willen fremdes Glück oder Leid als höchsten Massstab der Wertbeurteilung anzusetzen, der Eigenliebe die Rücksicht auf andere überzuordnen, Verträglichkeit, Rechtsschaffenheit, Wahrhaftigkeit und Nächstenliebe als Pflichten anzuerkennen und zu üben. Denn der Einzelne konnte kaltblütig abwägen, ob der Nachteil, der ihm aus der Verletzung der Genossen erwuchs, die Unlust aufwog, die er sich durch Selbstbeherrschung zuzog, oder die Befriedigung des Eigensinnes bereitete, kaum oder gar nicht in Betracht kam. Er blieb mithin gegen jede sittliche Nötigung oder Gebundenheit geschützt ».

Obbiettare che il benessere privato dipende dal pubblico, che il dare la vita per la patria ridonda a vantaggio dell'individuo è un gettar polvere negli occhi.

Di fatti sotto un doppio punto di vista può esser considerato l'individuo; sotto un punto di vista indeterminato o generico, e sotto un punto di vista determinato, concreto, non come essere astratto, ma come realmente esistente. Nel primo caso si può benissimo dire che, in generale, è miglior cosa anche per l'individuo quando la società vien difesa e protetta; nel secondo invece è un'asserzione ingiustificata che l'individuo debba sempre subordinare il proprio interesse, tutto sè stesso, anche la vita se occorre, per il bene della patria; chè, a nulla gli servirebbe il benessere della medesima allorchè avesse perduto la vita e con quella ogni bene terreno ¹⁾.

4. Oltre di ciò, il sistema utilitario pone una norma poco pratica, molto meno pratica della nozione del dovere. Teste l'esperienza, nulla è più facile all'uomo, avente libero uso della ragione, che il distinguere il bene dal male.

È una nozione questa che s'impone a prima vista, davanti alla quale non sorge dubbio di sorta; a priori, senza preoccuparsi di conseguenze, si dice: questa cosa è giusta, quest'altra è ingiusta. Mille difficoltà si presentano, di riscontro, quando si tratta di riconoscere la norma che suggerisce l'interesse ben compreso, e ciò appunto perchè questo interesse è molte volte dubbioso e solo la pratica lo può ben determinare. Il problema poi si complica vieppiù quando si voglia tener conto dei singoli elementi indicati da Bentham. Il più delle volte si finirebbe per perdersi in calcoli senza punto agire, o senza agire a tempo debito, massime quando occorrono delle opinioni contraddittorie. Logica vuole quindi che l'interesse ben inteso sia impotente a produrre o determinare l'idea del dovere. Che anzi, questo principio contraddice al sentimento comune, unanime, il quale riconosce che in tale o tal altro caso v'è un diritto che la coscienza ci proibisce assolutamente di violare prescindendo da qualsiasi preoccupazione di sapere se ciò sia utile a tutti o non lo sia. Quand'anche una cosa contribuisse all'utile di tutti, il buon senso si accorda nel rigettarla, qualora fosse immorale o ingiusta. Non v'è chi

¹⁾ W. SCHNEIDER, l. c. pag. 333: « Was der Gesellschaft, als Ganzem nützlich oder schädlich ist, gereicht darum noch nicht allen einzelnen Gliedern derselben zum Vorteil oder Nachteil: vielmehr wird sehr häufig das Einzelinteresse durch gemeinschädliche Handlungen gesichert und durch gemeinnützige beeinträchtigt.

Obschon das Gemeinwohl eine Quelle und Bedingung des Einzelwohles ist, so ist es doch nicht wahr, dass beide vollständig und in allen Fällen einander decken ».

non applaude alla condotta di Aristide allorchè ricusa di consentire ad un'azione utile ma ingiusta ¹⁾.

Non vogliamo negare il fatto che questo sistema racchiude un'idea giusta, — idea che del resto conferma viemmeglio il nostro punto di vista, — cioè a dire che l'uno dei fini precipui della società è quello di una equa applicazione che ridondi al maggior bene di tutti col minor sacrificio possibile.

Ma la società, presuppone necessariamente il diritto, perchè, come vedemmo, è l'elemento primo che rende possibile lo Stato, il quale non crea tutto l'ordine giuridico, regola semplicemente i particolari senza mai mutare il contenuto essenziale.

¹⁾ I. KOHLER, *Die Ideale im Recht*, (*Archiv. für bürgerliches Recht*, V (Berlin 1891) pag. 162 ss.), fa notare giustamente: « nicht das Glück, sondern die Tugend, die Erkenntniss, die esthetische und religiöse Erhebung führen die Menschheit auf die höchste Stufe.

Man müsste daher den Utilitarismus, auch wenn er richtig wäre, dahin erweitern dass man sagte, nicht das Glück der Gesamtheit sei das Kriterium für das *utile*, sondern die Ziele der Menschheit. Da aber die Ziele der Menschheit sich in den verschiedenen Zeitläuften in so verschiedenen Weisen entwickeln, so würde damit der Utilitarismus in lauter Allgemeinheit verfallen und in Unbestimmtheit zerfliessen.

Der Utilitarismus ist eben nicht geeignet, die Grundlage des Rechts zu bilden.

CAPO III.

Separazione del diritto dalla morale.

1. Emancipata la ragione da Dio, logica volle che il razionalismo emancipasse il diritto dalla morale; erano queste le conseguenze necessarie alle quali conduceva la concezione materialistica del diritto.

Ch. Thomasius (1655-1728), fu uno dei primi a mettersi all'opera. Distingue questi fra il bene morale (*honestum*), il decente (*decorum*) e il giusto (*justum*); il giusto non spetta pertanto al bene morale, bensì fa parte a sè al di fuori dello stesso, il cui compito è di combattere contro l'ingiusto, di ristabilire la pace là dove fosse perturbata ¹⁾.

Dal momento poi che concepisce l'etica come unita al bene morale, il diritto al giusto, e che il giusto non spetta al morale, l'ordine giuridico e l'ordine etico venivano proclamati indipendenti l'uno dall'altro.

Facendo suo questo principio, Kant divide la « *Metaphysik der Sitten* » in due parti, la *Rechtslehre* e la *Tugendlehre*; quella s'occupa dei doveri giuridici, questa dei morali; quella guarda la legalità, questa la moralità ²⁾.

L'una serve di legislazione esterna o giuridica, interna l'altra o etica; la prima ha per fine la libertà dell'uomo nell'operare esterno, in convivenza con altri, la seconda, l'effettuazione immediata della libertà interna, ossia l'indipendenza da ogni motivo all'infuori del dovere che essa medesima s'ha imposto ³⁾.

Quasi tutta la scuola kantiana segue in ciò le orme del maestro.

2. I. G. Fichte (1672-1814), basandosi su questi principî proclama altamente che la nozione del diritto non è dedotta dalla legge morale;

¹⁾ Cfr. TRENDLENBURG, *Naturrecht* (Leipzig 1868) pag. 17 ss.; CH. THOMASIIUS, *Fundamenta iuris naturae et gent.* (1705) I, c. 4, 87 ss.; l. c. I, c. 5, 46: « Sapiens Deus magis concipit ut doctorem iuris naturae quam ut legislatorem »; Cfr. V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, pag. 170 ss.

²⁾ *Rechtslehre; Opera* (Augs. Hartenstein) V, pag. 18.

³⁾ Così il diritto sarà per Kant l'« Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann » l. c. pag. 30.

Le leggi giuridiche s'occupano della « äusseren praktischen Verhältniss einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander (mittelbar oder unmittelbar) Einfluss haben können » l. c. p. 30. Infine, pag. 20: « So ist es eine äussere Pflicht, sein vertragsmässiges Versprechen zu halten: aber das Gebot, dies bloss darum zu thun, weil es Pflicht ist, ohne auf eine andere Triebfeder Rücksicht zu nehmen, ist bloss zur inneren Gesetzgebung gehörig ».

i tentativi di una simile deduzione andarono falliti perchè il dovere morale è categorico, mentre il giuridico si limita a consigliare, non impone mai l'osservanza del suo diritto. Meglio ancora, la legge morale proibisce spesso volte l'esercizio di un dritto che pure non cessa di essere, di restare tale per unanime consenso degli uomini.

Specie in Germania numerosi giuristi presero a sostenere la separazione del diritto dalla morale, gli uni *ex professo*, gli altri portativi per conseguenza logica, necessaria della concezione materialistica del diritto ¹⁾.

Come di data più recente possiamo citare P. Eltzbacher, che nega, in modo non equivoco, l'unione essenziale del dritto coll'ordine etico ²⁾; Merkel poi ci dà una definizione del dritto oggettivo, puramente formale ³⁾.

3. Degna di nota è qui la concezione del Groppali quando da una parte ci dice che « *la morale si estende a tutte le azioni interiori; il diritto invece si riferisce solo ad azioni esterne, senza preoccuparsi delle intenzioni* ⁴⁾ », e subito dopo, che il diritto « non si limita solo a considerare l'atto compiuto, ma risale anche alle intenzioni che l'hanno generato, perchè l'elemento interno è indispensabile per un'equa valutazione giuridica ».

Ond'è che sempre si esaminano la volontà e i motivi che determinano l'azione: come in certi atti giuridici si tien conto dell'estremo della buona fede, così si distingue sempre nei reati il dolo dalla colpa, il dolo d'impeto dal dolo di proposito, la preterintenzionalità, ecc., e sopra questi elementi si distingue la responsabilità del delinquente e se ne misura la varia temibilità sociale ⁵⁾ ».

Da una parte sembra volere la separazione del diritto dalla morale, dall'altra invece vi si oppone: « Ma se questa analisi e questa distinzione (del diritto dalla morale) hanno un valore *soggettivo* — dato dai bisogni della nostra mente di ridurre sempre in frammenti la compagine complessa dei fenomeni che si vogliono studiare — e se hanno anche

¹⁾ FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Berlin 1845) III Bd, 54: « Der deduzierte Begriff (des Rechts) hat mit dem Sittengesetze nichts zu thun, ist ohne dasselbe deduziert... So bedarf es keiner künstlichen Vorkehrungen, um Naturrecht und Moral zu scheiden, welche denn auch ihres Zweckes allemal verfehlen... ».

²⁾ P. ELTZBACHER, *Über Rechtsbegriff* (Berlin 1900). Cfr. V. CATIREIN, *Recht, Naturrecht und posit. Recht* pag. 172.

³⁾ MERKEL, l. c. pag. 5: « Recht im objektiven Sinne dieses Wortes nennen wir die Richtschnur, welche eine Gemeinschaft in Bezug auf das Verhalten ihrer Angehörigen anderen und ihr selbst gegenüber, sowie in Bezug auf die Formen ihrer eine Wirksamkeit zur Geltung bringt ».

⁴⁾ *Filosofia del diritto* (Milano 1906) pag. 187.

⁵⁾ l. c. pag. 189.

un' importanza per l' opportuna divisione del lavoro tra la psicologia morale, l'etica sociologica e la scienza del diritto, esse sono affatto insostenibili dal punto di vista *oggettivo*, perchè una ed inscindibile è l'azione umana tanto nel suo processo interno quanto in quello esterno. Se dunque è una ed inscindibile l'azione umana, ne segue che è errata la separazione *assoluta* ¹⁾ che si vuol fare tra la moralità ed il diritto » l. c. p. 188.

4. Prima di entrare in materia convien qui dilucidare il punto: quale sia il contenuto del dritto.

I nostri avversari ci rinfacciano di voler parlare in modo troppo assoluto del diritto e della morale mentre tutto è relativo nel patrimonio delle idee come nella pratica.

Il bene e il giusto sono sinonimi di utile; la natura non ha dato all'uomo una tendenza speciale pel dritto o per la morale, ma semplicemente il potere d'investigare tesoreggiando i dati dell'esperienza.

Questo e non altro fu il processo con che, mano mano, gl'insegnò a denotare le azioni dannose col nome di cattive, le utili col nome di buone. La società gli apprese poscia l'obbligo che incombe a ogni individuo di astenersi dal furto, dall'omicidio, dall'adulterio ecc.; l'ordine etico e il giuridico sono quindi d'invenzione umana, un prodotto storico come ogni altro ²⁾.

Il Merkel sembra pure relativista, nel senso che ci dà una definizione del diritto affatto formale e soggettiva, quindi relativa. Lo chiamerà infatti una semplice regola che la società fa valere al disopra degli altri e di sè medesima per rapporto della condotta de' suoi membri e alle forme della propria attività ³⁾.

5. Se quest'ipotesi fosse vera, dalle conseguenze utili o dannose del proprio operare avrebbe ciascuno imparato a giudicare del valore o meno delle sue azioni; quindi a seguir le une, a riprovar le altre conformandosi alle esigenze della conservazione personale e del suo tornaconto; il

1) « *Assoluta* », come se la separazione relativa non fosse erronea.

2) GUMPOWITZ, *Allgemeines Staatsrecht* (Innsbruck 1897), pag. 313: « So bildet sich denn mit der Zeit im Staate die Idee der sittlichen Ordnung, die Idee der Sittlichkeit, die nichts anderes ist als der geistige Niederschlag der gewordenen staatlichen Zustände ». Cfr. H. SPENCER, *Principles of Ethics* (London 1893); Paul Rée, *Die Entstehung des Gewissens* (Berlin 1885) pag. 230: « Das Gewissen bleibt, gleich dem Helden in der Fabel, nur so lange bei uns, als wir nicht fragen, woher es stammt, es verlässt uns, wenn wir diese Frage stellen. Grausamkeit und Mord sind nicht böse, sondern schädlich ».

I. KOHLER, *Die Ideale im Recht, Archiv für bürgerliches Recht*, V (1891 Berlin) pag. 161: « Die Völker halten das Verschiedenste für recht und unrecht ».

3) *Holtzendorff's Encyklopädie*: Il diritto è la « Richtschnur, welche eine Gemeinschaft in Bezug auf das Verhalten ihrer Angehörigen andern, und ihr selbst gegenüber sowie in Bezug auf die Formen ihrer eigenen Wirksamkeit zur Geltung bringt ».

buon senso stesso porterebbe ogni individuo a lodare ciò che gli serve, a biasimar ciò che gli nuoce. Ma detta misura non costituisce punto l'ordine etico di una portata universale, tanto meno il sentimento del dovere, non essendo l'individuo obbligato ad agire in un modo piuttosto che in un altro ogni qualvolta volesse astrarre dal proprio benessere ¹⁾).

Come si può dimostrare che uomini egoisti per mezzo della sola esperienza fossero dappertutto condotti a regolarsi vicendevolmente non solamente con *motivi* ma anche coll'*obbligazione* ad una condotta sinceramente disinteressata e sociale?

Dato anche che la società avesse prodotto coll'andar del tempo l'ordine etico, una domanda sorge tosto spontanea; quella di sapere dove abbia attinto tale previsione di conoscenze e morali disposizioni che istillerebbe abilmente nel cuore dei singoli individui. La società può solo possedere e compartire quello che essa stessa s'ebbe un po' per volta da' suoi membri. Ora, come l'essere sociale, l'anima popolare, la volontà generale non hanno altra realtà se non quella che corrisponde a ogni essere, a ogni anima, a ogni volontà individuale ²⁾); ne segue che la coscienza pubblica o sociale rivendica l'origine e l'esistenza della coscienza individuale e quindi questa non è per rispetto all'ordine etico una tabula rasa, altrimenti non verrebbe quella alla luce. Lo Stato senza l'autorità non è più Stato, sì anarchia; ora è missione dell'autorità quella di comandare e di obbligare.

Ma l'indurre un obbligo nel foro della coscienza è proprio dell'ordine etico; dunque questo non è un prodotto della vita sociale nello Stato come lo vogliono i nostri avversari.

6. Tutto ciò che concorre al patrimonio storico sorge sempre un numero infinito di singoli contributi per parte di uomini che cospirano assieme verso un fine determinato.

Una vita sociale che si compone di forze e di un complesso di esseri senza morale resterà eziandio tale, come la somma di zeri resta sempre zero. Quando si acclama la società qual madre della vita morale si dimentica che ogni vita sociale è di sua natura etica e suppone la mo-

¹⁾ W. SCHNEIDER, l. c. p. 323: « Lässt man das sittlich Gute mit dem gesellschaftlich Nützlichen zusammenfallen, so würde man den Ursprung der Sittlichkeit erklärt haben, wenn man die Entstehung eines gemeinnützigen Sinnes belauscht und weiterhin gezeigt hätte, wie rein selbstsüchtige Menschen allenthalben durch blosse Erfahrung dahin gebracht werden konnten, sich nicht nur mit Beweggründen, sondern auch mit der Verpflichtung zu einer selbstlosen Gesinnungs und Handlungsweise übereinstimmend zu beschenken ».

²⁾ SOLARO DELLA MARGARITA. *Avvenimenti politici* (nella piccola Biblioteca religiosa, morale, scientifica e letteraria vol. IX) (Napoli 1856) pag. 59. « L'opinione pubblica cui dai libertini si conferisce l'impero degli Stati e si prescrive per norma a chi li governa non esiste. Principi e popoli seguono un fantasma ».

ralità qual base e fondamento necessario ¹⁾. Se tutto è relativo, ci spieghino i nostri avversari la permanenza di rapporti morali nel matrimonio, fra marito e moglie; nella famiglia, tra padre e figlio; nel contratto, tra debitore e creditore. I relativisti perdono il loro tempo quando pretendono studiare i monumenti antichi, dedurne delle conclusioni sul concetto religioso, filosofico e giuridico che quei popoli primitivi poterono avere. Invero, se tutto cambia coll'andar del tempo, se diverse sono le nostre nozioni, diversi i nostri giudizi da quello che lo fossero nei tempi passati, da quello che lo saranno nei tempi futuri, non v'ha più nessuna connessione spirituale nelle generazioni tra loro, impossibile diventa per noi, che abbiamo tutt'altre nozioni, il formarci un'idea dell'antichità, impossibile a' nostri posteri il capire, il giudicare i tempi presenti. Non possiamo neppur prevedere se lo scienziato d'allora avrà ancora dei concetti e dei giudizi, chè dette espressioni potranno coll'andar del tempo assumere un significato tutto nuovo, affatto diverso dal nostro.

7. I relativisti non sono logici neppure nella formola che prendono ad assioma fondamentale del loro sistema. Mentre negano per principio ogni verità assoluta, si fan premura di sostenere che tutto è relativo. Ma relativo in che senso? Solo oggi e forse per domani?

No, perchè in questo caso non s'esprimerebbero in modo assoluto come fanno; o almeno direbbero che all'epoca presente non vi ha verità assoluta, meglio ancora, che la verità assoluta ci sfugge.

Ma sostengono invece che tutto è relativo nel presente, nel passato, nell'avvenire, e con ciò pongono la nozione del cambiamento e del processo evolutivo come assoluta, affermano quello che prima avevan negato, incorrono in un circolo vizioso.

L'esperienza e tutto ciò che è relativo non è in grado di scoprire il momento necessario, universale, del diritto; ci potrà dare la descrizione di un fatto o di una cosa, mai dirci perchè questo fatto, questa cosa, è così; non altrimenti ci potrà dare una legge empirica, mai una legge di necessità. Moltiplichì le sue analisi l'esperienza: accrescerà i materiali, accrescerà la notizia, da sè sola non arriverà mai al *quia* e al *quid* scientifico. Chi generalizza i fenomeni a momento universale del dritto, quegli dimentica che la scienza sintetica delle proprietà essenziali convien che preceda la scienza analitica dei fenomeni particolari del dritto; dimentica che l'osservazione per quanto sottile e protratta non riesce a

¹⁾ Cfr. W. SCHNEIDER, l. c. pag. 334 ss. — L'utilitarismo di Bentham e l'assolutismo politico di Hobbes generano in Inghilterra la scuola analitica di giurisprudenza, scuola essenzialmente relativista, con a capo Sir John Austin, di cui scolaro entusiasta John Stuart Mill. Cf. Ch. HOLLAND, *The elements of Jurisprudence*, (6 ed. 1896.)

una sintesi filosofica; dimentica che la vera scienza porta all'universale, al necessario delle cose, non già alla mera generalizzazione dell'esperienza.

Se per un'anticipazione intellettuale non sappiamo prima che cosa sia il diritto, ci perderemo invano nei fenomeni; non arriveremo mai a conseguire qualche cosa di buono, perchè, in questo, come in ogni altro ordine di conoscenze, s'applica la vecchia formula, che l'intuizione è cieca senza la categoria.

Se non vogliamo vagare nel vuoto, ostinarci a rifare a rovescio il processo della evoluzione giuridica ed aggirarci entro i limiti angusti di una eterna *petitio principii*, volenti o no, sotto pena di non mai trovare quel che si vuole, bisogna pur riconoscere un'anticipazione ideale di ciò che si cerca.

Senza ascendere fino ai principii metafisici, universali, indipendenti dal nostro beneplacito, una vera concezione scientifica del diritto è dunque impossibile.

8. Non v'ha Stato per rozzo e primitivo che sia, il quale non vanti una qualche sorta di ordine ¹⁾, ma l'ordine è nello stesso tempo una verità e un bene; una verità per l'intelletto, un bene per la volontà.

In quanto è verità, l'idea di ordine lega l'intelletto; in quanto è bene, lega la volontà; così nel diritto vi sono due elementi, razionale l'uno, di sua natura immutabile; istorico l'altro, o relativo, e ciò per il motivo che, pur persistendo il fine a che il diritto mira, i mezzi sono diversi, come sono diversi i tempi e i luoghi ²⁾. È questa una verità che prevale più e più tra i giuristi che seriamente s'occupano del diritto ³⁾.

¹⁾ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht, nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (Leipzig 1896) pag. 648, Anm. 44: « Es ist bekannt, dass alle gelegentlichen Angaben von Reisenden über rechtlos oder gar überhaupt unsozial lebende Menschen sich stets als Irrtum erwiesen haben, was regelmässig schon aus ihren eigenen Angaben hervorgeht. Geregelter Familienbeziehungen und Stammeszugehörigkeit, Hauptlinge und Könige, Eigentums, Nutzungs- und Obligationenverhältnisse, wie auch irgend welches Erbrecht finden sich in gewisser Form überall. Sie fehlen auch bei den neuentdeckten Zwergvölkern in Innerafrika nicht. Vgl. Schweinfurth, *Im Herzen von Africa II* (1874) 181.

²⁾ V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht u. p. R.* pag. 181-182: « wir haben schon wiederholt, darauf hingewiesen, dass es zwei Arten von positiven Gesetzen giebt: die einen enthalten notwendige Schlussfolgerungen aus dem natürlichen Sittengesetz, und diese sind unwandelbar und dulden keine andere Norm neben sich. Die Verbote: Du sollst nicht falsches Zeugnis geben, Du sollst nicht töten, stehlen, betrügen u. dgl. und die Gebote: Du sollst jedem das Seine geben, Du sollst die Verträge halten, Du sollst der rechtmässigen Obrigkeit gehorchen, Du sollst Vater und Mutter ehren n. dgl., sind unwandelbar, und jedes ihnen widersprechende positive Gesetz dagegen enthalten nähere Bestimmungen der allgemeinen sittlichen Vernunftforderungen, und auf diesem Gebiete können die positiven Gesetze nicht nur in verschiedenen Ländern, sondern auch in demselben Lande zu verschiedenen Zeiten verschieden sein... »

³⁾ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre I* (1894) p. 2 « Das es überhaupt juristische Begriffe und Grundsätze giebt, die unabhängig sind von der Indi-

Del resto possiamo ancor noi ripetere le belle parole di Solaro della Margherita: « La verità è una; siano molti che professano i principii applauditi; se a questa contrastano, il loro giudizio è simile a quello di tutto un popolo che negasse l'esistenza del sole. Ma tal popolo non si troverà mai, nè la verità sarà mai impugnata da tutti ¹⁾ ».

Ma passiamo senz'altro a dimostrare quello che ci siamo proposti, ossia che il diritto è *intimamente* unito alla morale.

In due modi possiamo arrivare al nostro intento; dimostrando che la giustizia è un correlativo essenziale del diritto e che questi, come tale, fa parte per necessità dell'ordine etico; e mettendo in rilievo i rapporti intimi che legano il diritto, sotto la doppia forma, oggettiva cioè e soggettiva, indissolubilmente alla morale.

10. Se prendiamo la giustizia nel suo più ampio significato non è altro se non quella virtù che inclina l'uomo a dare a Dio quel che di Dio, al prossimo quel che è del prossimo, a sè stesso il suo; e qui abbraccia tutte le virtù, sinonimo di santità e di perfezione morale. Nel senso ristretto, è una delle quattro virtù cardinali, che ci porta a dare ad ognuno il suo; a Tizio il suo, a Caio e Sempronio il loro ecc. Questi pronomi possessivi « mio », « tuo », « suo », « loro », denotano una relazione speciale per rispetto a Tizio, a Caio, a Sempronio; denotano che il « mio » è per me, a mia disposizione, è destinato al mio uso, posso servirmene io solo, escludendo gli altri. E questo vale, non solo per i beni esterni, sì ancora, e a più forte ragione, per i beni interni, per quelli che riguardano la persona o l'essere fisico, come la vita, l'integrità corporale; bene dei quali si ha il solo dominio utile, personale, e di cui nessuno può impedire il libero uso nella misura de' proprii limiti, quando però non si offenda un diritto di altri.

Essendo fine della giustizia quello di ordinare rettamente l'uomo col suo simile, v'ha tante specie di giustizia quanti sono i modi secondo i quali uno può essere considerato rispetto ad altri. L'uomo poi può essere considerato per rapporto al suo simile in tre modi diversi: come

vidualität der einzelnen konkreten rechtsbildenden Gemeinschaft oder m. a. W. gleichmässig verwendbar oder gültig für jedes positive Recht, ist und bleibt freilich schliesslich ein reines Postulat; ein eigentlicher Beweis ist dafür nicht zu geben. Selbst wenn unser Versuch auf Grund dieser Voraussetzung eine juristische Prinzipienlehre zu schaffen, in einem Maasse gelänge, wie es niemals — auch nicht annähernd — zu erwarten ist, wäre damit die Richtigkeit der Voraussetzung noch nicht « erwiesen ». Allein in Wahrheit macht diese Voraussetzung jeder, der überhaupt eine Rechtswissenschaft anerkennt ».

E. DÜHRINGS, *Unwülzig der Wissenschaft* (2 Aufl.) p. 71: « Echte wahrheiten sind überhaupt nicht wandelbar ».

SCHLOSSMAN, *Recht und Rechtssätze* (1892) pag. 189: « Alle wahrre Wissenschaft forschet nach absoluten wahrheiten ».

¹⁾ SOLARO DELLA MARGHERITA, l. c., pag. 60.

parte al tutto; come parte alla parte; come il tutto alla parte. Così sono tre specie di giustizia, legale, commutativa, distributiva.

Nel primo caso si compara un membro alla comunità; nel secondo l'un membro all'altro; nel terzo la comunità a un membro particolare. La prima si chiama giustizia legale, perchè il bene di ogni parte è ordinato al bene del tutto; la seconda commutativa, e inchina a dar rigorosamente il suo a ciascuno, osservando cioè eguaglianza tra la cosa data e la dovuta; l'ultima, distributiva, comparte i beni e gli obblighi fra i membri della comunità, in proporzione del merito e delle facoltà individuali. Sotto il triplice aspetto di legale, commutativa e distributiva la giustizia è condizione essenziale alla società; in altre parole — secondo l'effato — la giustizia è il *fondamento dei regni*.

L'uomo inchina facilmente all'egoismo, facilmente è portato a metter la mano sulla roba d'altri. A metter freno alla libidine individuale o di partito, entra di mezzo la giustizia, e, sotto la triplice forma, si fa protettrice dell'ordine sociale. La giustizia ordina l'attività libera dell'uomo in armonia coll'interesse pubblico e privato, in conformità alla natura razionale che è la norma immediata delle sue azioni. Chi adunque dà a ciascuno il « suo », in qualsiasi modo appartenga questo « suo » o, ne sia uno debitore, questi adempie i doveri morali di giustizia. In questo senso largo la giustizia ci prescrive pure di ordinare le nostre azioni nei diversi rapporti con Dio, con noi stessi e col prossimo, dando a ognuno il suo, dandogli cioè il « suo dritto ». Il diritto è così l'oggetto essenziale della giustizia; non è estraneo all'ordine etico, ma parte costitutiva.

11. Se le diverse teorie materialistiche sono impotenti, come vedemmo, a spiegare il diritto e la rispettiva forza obbligatoria, se siamo naturalmente condotti ad ammettere che l'uomo è sociale per natura, bisognerà pure ammettere che buono e conforme natura razionale sia tutto ciò che di qualche guisa è necessario alla conservazione e allo sviluppo della società; cattivo o difforme ciò che ne è incompatibile.

Nell'ambito di queste due condizioni generali, che chiameremo necessarie all'esistenza e allo sviluppo della società, entra l'obbligo di dare a ciascuno il suo, di non far torto a nessuno, di non ammazzare, non rubare ecc.; ora, chi oserebbe negare che tali precetti morali sono eziandio dei doveri giuridici, e che chi li viola, si rende reo non solo nel campo dell'etica, ma sì ancora nel campo giuridico? Dunque il diritto è una parte intima e costitutiva della morale.

Non bisogna tuttavia dimenticare che, in senso ristretto, non è la giustizia se non l'ossatura dell'edificio morale, nel quale c'entran pure delle altre virtù che lo completano, la carità, la generosità, la riconoscenza, la veracità, la fedeltà e così via.

La giustizia dà a ciascuno il « suo », dà a ciascuno il suo diritto, e in questo primo significato, il diritto non è altro che il *τὸ δίκαιον* d'Aristotele; il « justum » e il « jus » dei latini; interpretazione logica e che quadra molto bene colle definizioni di ogni tempo ¹⁾.

Il dritto, preso nella sua accezione di oggettivo e di soggettivo, è parimenti una parte essenziale dell' Etica.

12. Nel senso oggettivo denota la legge, nel senso subbiettivo la potestà morale o legittima corrispondente alla legge.

La legge è misura del giusto, e come tale ha lo stesso significato del diritto; così distinguiamo il dritto divino e umano, naturale e positivo, non altrimenti della legge divina e umana, naturale e positiva. La legge, come norma del giusto in generale e del giusto particolare, è sempre una regola dell'operare, un precetto obbligatorio, e quindi conviene che sia conforme alla natura razionale.

L'espressione di « legge » venne per analogia estesa oltre il campo giuridico; così diciamo la legge del pingere, dello scrivere, leggi che si dirigono alla libera attività ma che non assumono un carattere strettamente obbligatorio.

Leggi sono pure quelle che constatiamo nell'universo, gravitazione, attrazione, rotazione e quelle molteplici nella chimica, nella fisica, indipendenti dalla volontà umana, che però dipendono dal Fattore della natura, dell'ordine e delle leggi. L'uomo, come essere naturale, partecipa delle leggi chimiche e fisiche, con questa distinzione che esistono per lui altre leggi, proprie alla sua natura, la quale s'incarica di rivelarcele non appena giunti all'uso della ragione.

Che così stiano le cose, non è difficile constatarlo appena gettiamo lo sguardo sulle nozioni generali di bene e di male, domandandoci da dove provengano. È un fatto incontestabile che, col crescere degli anni, cresce nel ragazzo la facoltà di conoscere, di distinguere; la piccola intelligenza comincia a lavorare, un po' alla volta si forma delle idee, dei giudizi universali. In un colla ragione si sviluppa in lui la nozione del bene e del male, si manifesta il principio che prescrive di far l'uno, evitare l'altro, come pure la nozione del giusto e dell'ingiusto.

Or bene, come può l'uomo, fin dalla prima infanzia, formarsi il concetto spontaneo di questi principii se non fossero rivelati dalla stessa natura?

E' ancora come potrebbero gli uomini, senza la guida e la luce di detti principii, convenire fra loro sull'idea di bene e di male, di giusto

¹⁾ CIC. *De finib.* V, 23, 67: « Virtus quae in suo cuique tribuendo cernitur »; ULPIAN (*in l. 10 Digest* I, 1): « Iustitia est perpetua et constans voluntas ius suum cuique tribuendi »; ugualmente S. AUGUST. *De civit. Dei*, I, 19 c. 12; e S. THOM. *Sum. theol.* 2, 2, q. 98, a. 4.

e d'ingiusto? No, senza questi principî universali e necessari l'ordine non sarebbe possibile, non sarebbe possibile la società, nè i rapporti contrattuali ben ordinati, giacchè tutto questo presuppone un complesso armonico di nozioni, una base generale, comune, sopra la quale erigersi inconcussi contro i numerosi attentati dell'umana ragione fuorviata. La legge, oggettivamente presa come norma del giusto, regola dell'attività razionale, esige per necessità detti principî a fondamento. Tolta questa ipotesi la legge perde ogni efficacia, ogni forza, per ritenere il semplice carattere di minaccia; questa ammessa, un nuovo lume appare in tutto l'ordine sociale, incominciando dalla vita intima, dalla coscienza. Invero, dal bisogno della vita sociale, l'uomo facilmente resterà convinto dover regolare le azioni in modo da renderne possibile l'esistenza; quindi di evitare tutto ciò che possa nuocere alla società, impedirne lo sviluppo normale, e di fare invece tutto quello che la renderà possibile, e faciliterà il conseguimento del suo fine. Tutto questo gli rivela ad un tempo la necessità delle leggi, sì che le riconosca come stretta esigenza, convinto che il resistere o l'opporvisi, costituisce una violazione dell'ordine, una colpa nel foro di quella stessa coscienza che prescrive di conservarlo sancendolo di un'obbligazione interna non solo legale ed esterna. Dunque i principî dell'ordine etico sono un presupposto fondamentale alle leggi umane. In forza della stessa natura manifestano all'uomo che l'ente sociale abbisogna di un'autorità e abbisogna dell'obbedienza da parte dei sudditi, e non già obbedienza meccanica, ma doverosa. Così se siamo tenuti in coscienza a ubbidire agli ordini e alle leggi che provengono dall'autorità, ciò è perchè questa è un'esigenza voluta dall'ordine etico: è perchè la legge morale è base della legge umana, sua fonte, sua forza ¹⁾. Dunque ogni legge è una norma morale che si dirige direttamente alla coscienza, norma che non si può calpestare senza calpestare il proprio dovere: dunque il diritto oggettivo è una parte essenziale dell'ordine etico perchè ivi solo attinge la sua specifica di obbligatorio.

13. Il diritto nella sua accezione soggettiva presuppone parimenti l'ordine etico, di cui è parte essenziale. Diritto subbiettivo non denota la legge, ma il potere, l'autorità di esigere, di possedere qualche cosa come sua, ad esclusione di altri e, notiamolo bene, non un'autorità qualsiasi, sì un'autorità morale e giuridica.

¹⁾ ULRICI, l. c. p. 219: « ist das Recht nur Recht, unterschieden von Willkür und Gewalt, wenn und soweit es eine den Willen verpflichtende Kraft in sich trägt, so stellt sich Jeder, der von Recht spricht und weiss was er sagt, auf den ethischen Standpunct, auf den Boden des Seinsollenden. Alle naturalistischen und materialistischen Doctrinen können daher nur durch Inconsequenz, durch Unklarheit und Confusion oder durch sophistische Erschleichungen vor der Identifizierung von Recht und Gewalt sich schützen ».

In questo senso il diritto soggettivo esprime la padronanza sopra una cosa, un potere morale, richiesto dalla ragione, come tale da tutti riconosciuto e rispettato.

Dal momento poi che questa facoltà è morale, si distingue dal fisico « *potere* », nè si confonde coll'obbligo di fare una cosa. L'*obbligo* e il *potere* di fare una cosa sono fra loro nello stesso rapporto come sarebbe il *dovere* e il *potere*; in forza del dovere siamo tenuti a una cosa, in forza del dritto possiamo fare una cosa. Il dritto soggettivo si distingue ancora dalla semplice liceità o illiceità, limitandosi a dire che detta cosa non è proibita, nè comandata dalla legge.

Non si può dunque concepire un diritto senza un dovere corrispondente, positivo o negativo; per ciò stesso risulta chiaro che tale facoltà morale di fare una cosa è la pura conseguenza della legge divina o della umana, che l'inviolabilità della medesima deriva dal suo carattere morale, che la unisce ai principii di ragione. Così ogni qual volta ne l'invoco come base della mia facoltà giuridica di fare una cosa, rivendico a un tempo detti principii di fronte agli altri, per fondare da parte loro l'obbligazione corrispondente al mio diritto, altrimenti sarebbe questo potere morale un'intima contraddizione. Il dritto ha per correlativo necessario il dovere; ora, non appena si neghi all'uno o all'altro la loro caratteristica morale, l'intero ordine giuridico perde la sua dignità, la qualifica obbligatoria, perde quanto ha di nobile, per divenire qualche cosa di materiale, un complesso più o meno sistematico di regole coercitive, una mera organizzazione da poliziotti.

Dunque l'autorità giuridica, il potere morale che abbiamo di fare una cosa è il corollario naturale di una legge valevole, obbligatoria e quindi intimamente unita all'ordine etico. La conclusione si è che il diritto nel triplice suo significato, ossia di giustizia, di dritto oggettivo e di dritto soggettivo fa parte della morale ¹⁾.

14. Se prendiamo a studiare il fine che il dritto si propone, saremo condotti allo stesso risultato. Infatti è caratteristica propria dell'uomo l'essere libero, l'essere razionale; ma da qui ne segue che dev'egli adempiere i doveri che il Creatore gli ha imposto nella cerchia della vita sociale, di famiglia e individuale. D'altra parte non poteva Dio, come sapienza e santità infinita, indurre nell'uomo dei doveri, assegnare un fine, senza dare, direttamente o indirettamente, i mezzi che vi conducono.

Parte di questi mezzi gli vennero infusi colla natura, spirituali e corporali; altri deve procurarseli colla propria attività avendo sempre

¹⁾ Cfr. V. CATHREIN, *Recht*, etc. l. c. pag. 173 ss.; *Moralphilosophie* I, p. 516 ss.; TH. MEYER, *Institutiones* l. c. I, p. 389 ss.; *die Grundzüge* l. c. p. 97 ss.

per guida la ragione. Ma questo non basta; l'uomo è di sua natura sociale; deve dunque razionalmente adempiere i doveri che la società gli impone, non potendo in nessun modo sussistere un corpo nel quale ogni membro volesse fare da sè: e qui appunto appare la necessità del dritto. Dio come Creatore ha dato lume alla mente e fa sentire nel cuore di ognuno il dovere sacrosanto di dare a ciascuno il suo, di astenersi dall'ingiuria; così ha dato il diritto ad ogni persona di esigere e potersi conservar senza tema di venir disturbata in ciò che le spetta. Resta pertanto stabilito che anche sotto quest'altro punto di vista, l'ordine giuridico ha per base l'ordine etico, ne è una parte essenziale.

15. La legislazione antica come la moderna attestano pure l'unione intima del diritto colla morale ¹⁾. A mo' d'esempio: la « *bonae fidei negotia* », la « *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* », la « *ex fide bona* », i « *fideicomissa* » sono tutte formule che accennano direttamente a un vincolo morale, e che s'ebbero nel diritto romano una parte importantissima.

Numerose sono le espressioni giuridiche aventi forza e significato per rapporto e in unione coll'ordine etico; così, a diverse riprese, occorrono dei termini legali, che direttamente si riferiscono all'etica, e solo in correlazione con quella hanno un significato giuridico. Ci basti ricordare le notissime espressioni *contra bonos mores*, *turpe*, *turpitude*, *inhonestum*, *probum*, *improbis*, *dolus*, *malo more*, *contra bonam fidem*, *ingratus*, *condicio turpis* ²⁾ ecc.

¹⁾ W. WUNDT, *Ethik* (2 Aufl.) pag. 99: « sind Sitte, Recht und religiöser Kultus in ihren Anfängen auf das Innigste verschmolzen ».

KIRCHMANN, *Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, pag. 105: « lehrt die Geschichte, dass die Trennung des Rechts von der Moral sich nur allmählich bei den Völkern vollzogen hat ».

R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts* (5 Aufl. Leipzig 1891) vol. I pag. 265: « Überall wo das Recht in der Geschichte zuerst auftritt, erscheint es in Verbindung mit einer andern Macht, die indem sie ihm den Stempel höherer Weihe verleiht, es dem Wechsel der Interessen und Zwecke, der Kritik des Verstandes und dem Belieben der nackten Gewalt entzieht, es in eine gewisse ehrfurchtsvolle unabhare Ferne rückt — der Religion ».

TRENDELENBURG, l. c., p. 22 ss. « Die Trennung der Juridischen und Ethischen, des Legalen und Moralischen ist modern ».

²⁾ 15 D. 28, 7: « nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostramet, ut generaliter dixerim, *contra bonos mores* fiunt, nec facere nos posse credendum est ».

GAI, III, 157: « si quis de ea re mandet, quae *contra bonos mores* est, non contrahi obligationem; veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias ». 57 D. 17, 2: « hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem ». — 6 § 3 D. 17, 1: « rei turpis nullum mandatum est ». — 35 § 2 D. 18, 1: « nec societas aut mandatum flagitiosae rei ullos vires habet ». — 3 D. 12, 5: « ubi autem et dantis et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus; veluti si pecunia detur, ut male iudicetur ». — 42 D. 50, 16: « Utpote furtum, adulterium natura turpe est ».

Parimenti l'*honeste vivere* veniva elevato nel diritto romano alla dignità di precetto, e Ulpiano ci riassumerà tutto il diritto in quelle belle parole: « *Vivere onestamente, portar danno a nessuno, dare ad ognuno il suo* ¹⁾. Parole che esprimono a meraviglia l'unione certa tra il diritto e la morale non essere mera ipotesi, ma concetto genuino di quella stessa realtà che l'eminente giurista scorgeva nella pratica quotidiana d'allora.

16. In molti casi l'immoralità aveva un'eco profonda sui diritti personali o di famiglia, nei contratti e nelle promesse, nella vita pubblica e nella privata ²⁾.

La frode, il dolo, la violenza (*fraus, dolus et metus*) infliggevano al contratto un marchio d'immoralità; nelle donazioni, nei legati e nei testamenti se v'era qualche cosa di *contra bonos mores, di turpiter etc.* l'atto non conseguiva, per regola generale, nessun valore giuridico ³⁾.

Non solo è affetta di nullità la stipulazione che ha per oggetto una prestazione contro il buon costume ⁴⁾, sì ancora quella, che, pur non essendo per sè stessa immorale, ha però come base o come fine delle viste immorali ⁵⁾. Numerose applicazioni ci mostrano che i patti poggia-

¹⁾ 10 § 1 D. 1, 1: « *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* ».

²⁾ 3 pr. D. 22, 5: « *Testium fides diligenter examinanda est.... et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis* ». — 3 pr. D. 37, 12: « *si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur; aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus* ». — 12 § 1 D. 23, 1: « *Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligit* ». — 46 § 1 D. 50, 60: « *Matrem familias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit...; neque nuptiae, nequae natales faciunt matrem familias, sed boni mores* ». — 3 D. 3, 2: « *Qui autem operas suas locavit, ut prodiret artis ludicrae causa neque prodit, non notatur* ». — 35 § 2 D. 18, 1: « *nec societas aut mandatum flagitiosae rei ullas vires habet* ».

³⁾ 112 § 3 D. 30: « *Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid* ». 15 D. 23, 7: « *Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmit patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* ». 22 § 2 D. 49, 14: « *Lites donatas se non suscipere divus pius rescripsit, licet bona relicturum si quis profiteatur; vel partem bonorum donatam non suscipere* ».

Et adiecit et illum dignum fuisse punire pro tam turpi tamque invidioso commento ».

⁴⁾ 24 J. 3, 19: « *Quod turpi ex causa promissum, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet* ».

⁵⁾ 8 D. 12, 5: « *Si ob turpem causam promiseris Titio, quanvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere cum possis* ». 4 C. 8, 38: « *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contro bonos mores de*

vano sullo stesso principio ¹⁾. In tal guisa s'andò man mano formando il dritto romano, pregno sempre della nozione etica e, come molto bene fa osservare Goldschmidt, nulla sarebbe più erroneo del sostenere che, nelle grandi linee, il diritto germanico racchiuda un punto di vista etico più profondo del dritto romano classico ²⁾.

17. Se poi passiamo a rassegna i codici moderni, troviamo che questi sono unanimi nel far valere lo stesso principio e con ciò affermano consciamente o no, l'unione del diritto e della morale. Sentiamo il Codice civile italiano § 1119: « L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, non può avere alcun effetto ».

E ancora § 1122: « La causa è illecita, quando è contraria alla legge, al *buon costume* o all'ordine pubblico ».

Il Codice civile francese racchiude le stesse disposizioni: « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». (Code civil français, titre préliminaire, art. 6). « L'obligation..... sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». (Art. 1131).

In un altro posto ancora: « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est *contraire aux bonnes mœurs* ou à l'ordre public ». (Art. 1133).

Il Codice tedesco non parla diversamente: « Wer in *einer gegen die guten Sitten* verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet ». (Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich § 826).

E di nuovo: « *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst*, ist nichtig » (§ 138).

Così dicasi del Codice civile austriaco: « Was nicht geleistet werden kann; was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand

successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sunt ».

27 § 4 D. 2, 14: « Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda ».

¹⁾ 6 C. 2., 3: « Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est ».

14 § 1 D. 24, 3: « Eleganter quaerit Pomponius, libro quinto decimo ex Sabino, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnatur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere; quod quidem et mihi videtur verum: namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet ».

²⁾ *Handbuch des Handelsrechts I* (3 Aufl.) pag. 83: « Nichts wäre verkehrter als die Behauptung, dass im ganzen und grossen das germanische Recht einen höheren ethischen Standpunkt einnehme, als das Recht der klassischen Römerzeit ».

eines gültigen Vertrages werden ». (Allgem bürgerl. Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich § 878).

Infine, per tacere di molti altri, citeremo ancora il Codice federale delle obbligazioni: « Un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs ». (Schweizerisches Obligationenrecht. § 17). E altrove: « La peine stipulée ne peut être exigée, lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou contraire aux bonnes mœurs ». (§ 181) ¹⁾.

Partendo sempre dallo stesso punto di vista, il diritto fa appello spesse volte a delle formule esclusivamente del dominio etico; basti ricordare il giuramento che fin dalla più remota antichità prevalse come formula sacramentale. Lo stesso dicasi di molte cariche che esigono il segreto professionale; così ad es. da sacerdoti, medici, avvocati, notai; secreto sancito dalla legislazione e dall'unanime consenso, la cui violazione è reputata immorale ²⁾.

18. Questo studio, condotto più oltre e più a fondo, completerebbe meglio ancora il nostro assioma, che cioè, l'ordine giuridico è intimamente unito all'etico, ne è una parte essenziale, inseparabile; che quindi i nostri avversari sono in errore non solo dal punto di vista scientifico, ma ancora dal punto di vista pratico.

Così, mentre si grida alla separazione del diritto dalla morale, si fa appello ogni momento alla medesima.

Tornano qui a proposito le parole di Lotmar, il quale dice che, se in qualche caso le esigenze giuridiche vengono alla luce, astraendo dalla morale, o in opposizione a quella — come sarebbe la validità del contratto immorale — tale vittoria del diritto, a spese dell'etica, non significa punto un guadagno, bensì una perdita di moralità e il diritto vien così snaturato dalla sua stessa vittoria. L'invalidità del contratto immorale non è dunque solo un'esigenza della morale, ma eziandio un'esigenza del diritto ³⁾.

¹⁾ Cfr. F. POLLOCK, *Principles of contract* (4th edit.) pag. 232 ss., dove occorrono parimenti le espressioni di *illegal, immoral, against public policy*.

²⁾ Cfr. E. STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und des Rechtsausübung* (Wien 1898) pag. 67 ss.

³⁾ Cfr. PH. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag* (Leipzig 1896) pag. 104-105: « Wer den daher in einem Falle die rechtlichen Forderungen nicht durch die Moral gestützt, können sie gleichwohl im Widerspruch mit der Moraldurchgesetzt werden — wie bei Gültigkeit des unmoralischen Vertrags geschehen würde — so wird ein solcher Sieg des Rechts nur auf Kosten der Moral erringen, er bedeutet keinen Gewinn, sondern einen Verlust der Sittlichkeit, indem das siegende Recht gerade durch seinen Sieg denaturiert wird. Die Ungültigkeit des unmoralischen Vertrags ist demnach nicht bloss, wie es den Anschein hat, eine Forderung der Moral, sondern im Grunde auch eine Forderung des Rechts, eines Rechts wenigstens, das wie das römische und wie von diesem beeinflussen, sich der Einheit der Aufgabe bewusst ist, die es mit der Moral verbindet ».

Se così stanno le cose, una fatica inutile, e da ingenuo parmi quella di Steinbach, il quale s'accinge a dimostrare che la morale è come limite « des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung ¹⁾ ». Invero, non v'ha chi non vegga che la parte è contenuta nel tutto e che il tutto è limite della parte; dal momento che si riconosce l'ordine giuridico come facente parte dell'ordine etico, per necessità dovrà questo essere il limite di quello.

19. L'ordine giuridico non ha per missione di ordinare l'uomo in tutti i rapporti, ma solo nelle relazioni col prossimo e colla comunità; se poi l'intenzione non corrisponde all'esteriorità, non si è colpevoli di fronte al prossimo, per il motivo che gli abbiamo dato tutto il suo, ma colpevoli davanti a Dio.

Il diritto si contenta dell'adempimento esterno della legge.

Nondimeno la legge obbliga ogni individuo anche nel foro della coscienza a dare ad ognuno il suo; chi trascurasse di ciò fare, violerebbe la giustizia, l'ordine morale. D'altra parte, se l'ordine giuridico non può prescrivere nulla d'immorale senza perdere la sua efficacia è appunto perchè è parte essenziale dell'ordine etico. Infine, per maggior esattezza, ricorderemo che, se la legge si limita a proibire l'azione esterna, l'intenzione per sè stessa è già indirettamente contraria all'ordine giuridico tendendo alla violazione della legge, che ha per oggetto.

L'ordine è l'armonia del tutto e delle parti. Se l'uomo fosse una macchina basterebbe che si conformassero i suoi moti esterni, alle regole generali perchè si potesse chiamar ordinato; senonchè l'uomo è qualche cosa di più nobile; a lui non basta l'essere ordinato materialmente, ma dev'esserlo ancora moralmente, anzi è impossibile che colui il quale non ha ordine nella coscienza, ribelle a ogni comando, possa nella pratica osservare queste stesse leggi che dentro di sè disprezza e calpesta. Se l'obbligazione che la legge induce non penetrasse fino alla coscienza, allora potrebbe ognuno, se si credesse esser sicuro del suo fatto, agire contro qualsiasi legge. Se la mia coscienza è muta, se non è legata dalla legge, perchè soffrirò di essere nella miseria potendo impunemente arricchirmi della roba altrui? perchè non toglierò la vita al mio nemico, se son sicuro del fatto mio?

¹⁾ E. STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung* (Wien 1898) pag. 85: Freilich muss meines Erachtens in dieser Erscheinung ein weiterer Beweis dafür erblickt werden, dass mit der in der Jurisprudenz so beliebten Entgegensetzung von Recht und Sittlichkeit, namentlich für die Probleme der Rechtsentwicklung, sehr wenig gewonnen ist, da für die Fortbildung des Rechts, wie ja gerade auch die früheren Ausführungen zeigen, der ethische Standpunkt, das Seinsollende entscheidend ist und als die allererste Voraussetzung für die Entstehung von Rechtsgesetzen sich erweist, dass ihr Inhalt vorerst als der sittlichen Ordnung Anerkennung gefunden hat.... ».

20. Altra obbiezione: i doveri morali non sono suscettibili di coazione fisica, mentre è proprio dei doveri legali l'avere questa caratteristica; dunque i doveri giuridici non possono essere dei doveri morali.

Anche qui la difficoltà è apparente; si riduce a una petizione di principio, che diventa flagrante quando si voglia estendere a tutti i doveri morali l'asserzione che non sono coattivi.

Nel caso la si limiti ai doveri puramente morali, che non hanno per correlativo il diritto, non sappiamo in che modo la si possa far valere contro il carattere morale dei doveri giuridici. Dunque l'ordine giuridico presuppone l'ordine morale che gli serve di base e di fondamento; dunque non v'ha dovere che non sia morale: dunque obbligazione immorale non è obbligazione ma un giuoco contraddittorio di parole.

La conclusione è che il dritto è intimamente unito all'ordine etico vuoi per l'origine e l'efficacia, vuoi per il fine supremo e universale del mondo morale. Nel triplice significato fa parte dell'Etica: quando denota il giusto, perchè è oggetto formale della virtù che spicca tra le virtù morali, la giustizia; quando denota la legge, perchè derivato dalla legge morale, come conclusione e come determinazione; quando infine significa la facoltà morale, perchè in questa sua accezione esprime un potere nell'ordine spirituale, al quale corrisponde negli altri un obbligo stretto, che non possono violare senza violare la giustizia.

CAPO IV.

L'autorità e il « justum » oggettivo, misura adeguata della forza obbligatoria delle norme giuridiche.

§. 1.

Socrate, Platone, Aristotile.

1. Se riesce difficile trovare presso i Greci l'espressione tecnica di *dovere*, di *obbligazione*, ne troviamo però a diverse riprese il concetto.

A mo' d'esempio i Cretesi attribuivano le leggi non già a Minosse, bensì a Giove; i Lacedemoni ammettevano Apollone al di sopra di Licurgo quale legislatore; i Romani credevano che Numa avesse scritto alla lettera la rivelazione avuta dalla dea Egeria; gli Etruschi ritenevano le loro come provenienti dal Dio Tages. Ad Atene, Tesco, Dracone, Solone non fecero ch'esprimere nelle leggi la volontà eterna degli Dei; le leggi valevano se conformi agli Dei, e l'oracolo di Delfo nelle sue consulte raccomandava sempre di rispettare le leggi del proprio paese; gli stessi decreti usciti dal suffragio popolare avevano l'impronta religiosa, e tale credenza popolare era tanto profonda da resistere malgrado gli sforzi dei sofisti ¹⁾.

Spesse volte Socrate allude all'ordine etico per rapporto al giuridico.

Ai giudici che l'esaminavano risponde con calma dover prima ob-

¹⁾ Cfr. PLAT., *Socrate* (Paris 1900) pag. 174. SOPHOCLE., *Antig.* V. 453, ss.: οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον φόβῳ τὰ σὰ κηρύγμαθ' ὥστ' ἄγραπτα κάσφαλῇ θεῶν νόμῳ δύνασθαι θνητὸν ἐνθ' ὅπερ θαμείν.

Cfr. SOPHOCLE., *Oedip. Reg.* V. 863-871.

Εἴ μοι ξυνεῖη φέροντι
μοῖρα τὰν εὖσεπτον ἀγνείαν λόγων
ἔργων τε πάντων, ὧν νόμοι πρόκεινται
ὑψίποδες, οὐρανίαν
δι' αἰθέρα τεκνωθέντες, ὧν Ὀλυμπος
πατήρ μόνος, οὐδὲ νιν
θνατὰ φύσις ἀνέρων
ἔτικτεν, οὐδὲ μήποτε λάθρα κατακοιμάσῃ
μέγας ἐν τούτοις θεός, οὐδὲ γηράσκει.

Degne di rimembranza sono pure le parole di Demostene riportate nel Digesto: dice egli che si deve ubbidire alle leggi perchè sono d'invenzione divina e un dono di Dio: (L. 2 D. *de legibus* 1, 3): ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος εὖρημα μὲν καὶ δῶρον Θεοῦ. Parole ch'esprimono a fondo la convinzione dei popoli antichi sulla sanzione divina dell'ordine politico.

bedire alla divinità che alle leggi umane, mille volte preferire la morte che venir meno ai doveri verso Dio ¹⁾.

V'ha delle leggi non scritte, dice Socrate, che non risultano dalla legislazione, ma che sono scolpite a caratteri indelebili nel nostro cuore; così non lice recar danno altrui senza giusto motivo, dover invece esser riconoscenti verso chi ci ha fatto del bene; i figliuoli devono rispetto a' loro genitori; a questi incombono dei doveri verso i propri figliuoli ²⁾. Altrove ricorderà espressamente che le leggi scritte sono tali nella misura che s'accordano colle leggi non scritte, e quindi l'ordine giuridico ha un valore in quanto è conforme all'ordine etico ³⁾.

Per Socrate esiste nell'universo un ordine teleologico stabilito dagli Dei, che, dalla materia brutta, trassero l'armonia cosmica ⁴⁾.

La finalità poi che si rivela nelle leggi della natura, fisiche e chimiche, geometriche e fisiologiche, universali e particolari, che abbraccia ogni essere, ogni produzione, ogni sostanza era più che atta perchè Socrate potesse assorbire fino a Dio, fonte dell'obbligazione, come sembra dichiararlo quando asserisce che Egli è la causa primordiale dell'ordine razionale delle cose ⁵⁾. Altrove Socrate stima che l'universo, una volta uscito dalle mani degli Dei non diventa un'opera indifferente, ma resta sotto la loro protezione, cioè a dire, in quel modo che ubbidiscono essi all'idea di ciò che è migliore, s'interessano e non possono non interessarsi di quello che è buono e bello; conservano la bellezza fisica della natura e ne vogliono la bellezza morale ⁶⁾. Quanta grazia, quanta precisione si racchiudono in queste parole! Dall'ordine teleologico ne risulta un tutto di un'incomparabile bellezza; questa bellezza è però fisica, esclude cioè l'uomo dall'impulso necessario, o meglio, dall'impulso meccanico che spinge gli esseri irrazionali verso un fine loro proprio, in armonia e subordinazione al fine generale.

Ripugna, come vedremo a suo tempo, che l'uomo debba sottostare ad una legge determinante, ad una legge fisica che renda impossibile la scelta, paralizzi il libero arbitrio, sopprima la responsabilità; come ripugna egualmente che all'essere irrazionale, ad ogni elemento, ad ogni fenomeno, abbia dato Iddio una legge, e l'uomo solo abbia abbandonato

¹⁾ PLATO *Apol.* I. XVII, 42 (Piat pag. 189).

²⁾ XENOPHON *Mem.*, IV, 4, 18-24; II, 2.

³⁾ Id. I. 4 (14).

⁴⁾ Id. I. 4, 8.

⁵⁾ XENOPHON. *Mem.*, IV, 4, 19-25: Ἀγράφους δὲ τινὰς οἶσθα, ἔφη, ὧ Ἰππία, νόμους; τοὺς γ' ἐν πάσῃ, ἔφη, χώρα κατὰ ταῦτά νομιζομένους. — Ἐχούς ἂν οὖν εἶπεν, ἔφη, ὅτι οἱ ἄνθρωποι αὐτοὺς ἔθεντο; — Καὶ πῶς ἂν; ἔφη, οἳ γε οὕτε συνέλθειν ἅπαντες ἂν δύνηθεις οὕτε ὁμόφωνοί εἰσι. — ...

⁶⁾ XENOPHON, *Mem.*, IV, 4, 25.

al caso, in balia di se stesso e delle passioni. No, non solo gli Dei conservano la bellezza fisica, e ciò per rapporto all'uomo che tende verso il suo fine non più sotto l'incubo della necessità, bensì liberamente.

In tal guisa, gli Dei che hanno creato la bellezza e l'armonia del mondo ¹⁾, sono eziandio l'ultima ragione dell'ordine razionale ²⁾, e per ciò stesso la fonte suprema del dovere ³⁾.

Mentre conservano l'armonia fisica e la bellezza della natura esteriore, vogliono la bellezza morale dell'uomo.

Socrate aveva così edificato tutta la sua etica sull'essere e sul governo della divinità; da quella credeva anzi di aver ricevuto la sua missione speciale.

2. Non v'è dubbio che Socrate ristabilì e diede all'ordine etico un nuovo e più sicuro orientamento, e quindi rese possibile il problema giuridico; giacchè senza morale non v'ha obbligazione. Sembra persino che Socrate abbia insistito sull'esistenza di Dio per così dimostrare con maggior autorità e forza il valore delle leggi umane, la necessità di sottomettersi a esse, se conformi alla natura umana, alla legge non scritta, ossia alla volontà divina che ha ordinato il tutto a meraviglia. Per Socrate tutti i diritti dell'uomo risultano da questo che l'anima sua è somigliante a Dio. Infatti l'anima umana è come il punto centripeto da dove parte ogni conoscenza, la stessa conoscenza di Dio: essa è spirituale, Dio è spirituale; essa sovrana sul corpò, Dio infinitamente sovrano; essa sapiente, Dio la sapienza infinita. Certe volte va fino a credere che le anime siano strette da parentela con Dio, partecipi della divinità; dal che ne tira Socrate il nesso logico che il diritto a Dio unisce ⁴⁾.

3. Tutto assorto nel suo Stato semi-ideale Platone trascura invece il concetto giuridico, non determina espressamente i rapporti della legge umana per rispetto all'ordine etico. Questo vuoto si spiega in parte dal fatto che per Platone la sorgente del dritto positivo non è, non può essere se non il sapere, la conoscenza filosofica del giusto.

¹⁾ XENOPH. *Mem.*, I. IV. 8.

²⁾ Id. IV. IV. 19-25.

³⁾ Id. IV, IV, 25.

⁴⁾ PIAT, *Socrate* (Paris 1900) pag. 178: « Sans doute, du moins autant qu'on en peut juger, Socrate attribue à l'ordre essentiel des êtres une force obligatoire qui leur est inhérente, qui ne trouve pas dans la religion son fondement immédiat.

Mais tout n'est pas là, pour lui c'est plus haut, à coup sûr; c'est dans la divinité elle-même qu'il place la raison dernière du devoir. L'obligation morale, d'après sa théorie, n'est pas seulement un rapport de la volonté humaine à l'harmonie des choses, c'est aussi, et par dessus tout, un rapport, de la volonté humaine à la volonté divine. Il enferme dans un même concept et les données de la morale indépendante et celles de la morale religieuse, et sauvegarde ainsi la croyance traditionnelle de son pays ».

Nel suo Protagora asserisce che non appena il bimbo incomincia a capire ciò che gli si dice, fanno a gara la mamma, la nutrice, il pedagogo e il padre stesso a renderlo migliore; a ogni azione gli mostrano col dito che tal cosa è giusta, tal'altra ingiusta, questa onesta, quell'altra disonesta, santa l'una, empia l'altra, che questo si deve fare, quest'altro tralasciare ¹⁾.

In questo breve ma prezioso squarcio Platone riassume l'esistenza di una norma generale di vita, che non si confonde colla legge dello Stato. La grande massima — *fa il bene evita il male* — appare anche qui in tutto il suo splendore, e per ciò stesso l'obbligazione per l'individuo di conformarsi ai dettami della coscienza, obbligazione per lo Stato di rispettare il principio etico che corroborerà le sue leggi. Con insistenza, con vivo entusiasmo parla Platone delle pene e della ricompensa eterna: pare che non trovi altra sanzione che meglio si confaccia al suo Stato ideale, che meglio assicuri l'osservanza delle leggi, ne renda possibile l'esplicazione armonica delle sue forze ²⁾. Oltre la sanzione della vita futura, riconosce Platone una sanzione temporale, e ci dirà che bisogna darsi nelle mani del giudice, cogli occhi chiusi e di buon grado, nella stessa guisa che ci si offre al medico per subire le scottature o le incisioni; proporsi solo il conseguimento del bello e del bene, senza contare il dolore, e così, se il fallo commesso merita dei colpi di frusta si sia pronti a riceverli; se la multa la si paghi: se l'esilio, ci si rassegni; se la morte s'obbedisca. Per il primo si deve gettar il voto contro sè medesimi, senza paura, facendo tutto il possibile per confessare il proprio delitto e liberarsi dal più grande dei mali, l'ingiustizia ³⁾.

4. Nel libro IV e V della Repubblica dove parla dei doveri che incombono a ogni buon cittadino, ricorda Platone che ottimo sarà quegli che alla palma olimpica, ai trofei riportati in pace e in guerra, preferisce il vanto di obbedire alle leggi del proprio paese, mostrandosene per tutta la vita il più fedele osservatore.

Nel XIII esprime poscia il desiderio che il magistrato alla testa delle elezioni, quegli che presiede e fissa i premi nei giuochi teatrali, nello stadio e nell'ippodromo, da ultimo ogni uomo in carica che troverebbe guadagno nello spergiuro sia legato dal giuramento. In modo più esplicito vuole Platone che le leggi siano esposte in guisa solenne e religiosa, perchè gli Dei v'hanno una parte principale ⁴⁾. Se gli Dei hanno

¹⁾ PLAT. *Protag.* II, XV, 145 (Piat pag. 155).

²⁾ Cfr. GILLET, *La Morale d'après Aristote* (Paris 1905) pag. 159.

³⁾ Cfr. *Rep.* X, 610^d; 612^a; 613^e; *Leggi* X, 903^b.

⁴⁾ PLATO, *Rep.* IV, 425 c, 20, ss. (Edit. Didot.) Ναί, ὦ φίλε, εἶπον, ἐάν γε θεὸς αὐτοῖς διδῶ σωτηρίαν τῶν νόμων, ὧν ἐμπροσθεν διηλθόμεν.... Cfr. *Ibid.* 467 v, 20, ss.: Τί οὖν, ἐφη, ἐτι ἂν ἡμῖν λοιπὸν τῆς νομοθεσίας εἴη; καὶ ἐγὼ εἶπον ἐτι ἡμῖν μὲν οὐδέν, τῇ μὲντοι Ἀπόλλωνι τῇ ἐν Δελφοῖς τὰ τε μέγιστα καὶ κάλλιστα καὶ πρῶτα τῶν νομοθετημάτων...

una gran parte nella formazione delle leggi, è perchè l'ordine giuridico, volere o no, fa parte dell'ordine etico, da quello trae tutta la forza, la piena caratteristica di legge; è perchè le leggi positive sono il prodotto speciale della conoscenza filosofica del giusto; in altre parole, il giusto è la legge morale, la misura direttiva delle leggi positive. Il carattere religioso, del quale vuole impressa la legge, ci sembra una felice allusione a quella convenienza che deve assumere per rapporto alla divinità, e questo pare tanto più corrispondere al concetto dominante nella dottrina platonica, dove si mostra anzitutto trascendentale, dove segue e riproduce da vicino l'insegnamento del maestro, troppo persuaso del carattere inviolabile che rivendica la legge allorchè è conforme all'ordine etico, conforme alla ragione e alle esigenze sociali.

Nello Stato, ricorda Platone, vogliono le leggi che governi Dio e la ragione ¹⁾; e in questo esprime l'opinione universale, che cioè le leggi sono qualche cosa di sacro, che i grandi legislatori dell'antichità formularono il volere degli Dei immortali; e quando ci dirà che obbedire alle leggi non è altro se non obbedire agli Dei, esprime di certo un pensiero profondo o meglio, qualifica la credenza antica che la sofistica invano s'aveva provato di minare coi suoi fallaci argomenti.

5. Nella concezione socratico-platonica, potrebbe obiettare qualcuno, l'idea del bene domina sovrana, s'impone alla volontà; basta conoscere ciò che è meglio per praticarlo, e dunque il libero arbitrio ne è pienamente sacrificato ²⁾. Uopo è anzi tutto tener conto delle condizioni storiche, dell'ambiente nel quale prese radice questa dottrina; ciò posto, pare che l'uomo possa uscire dallo stato d'ignoranza, tanto più se si pensa che nel dominio di sè stessi poneva Socrate il vero modo di acquistare la scienza ³⁾, il che allude necessariamente alla libertà. Sia che si voglia distinguere tra la libertà psicologica, teoreticamente esclusa, e una certa libertà morale, praticamente presupposta, sia che si voglia ammettere una duplice via di uscita tra l'ignoranza e la scienza, o tra la scienza e la libertà, la difficoltà si presenta con un aspetto più mite che permette di evitare un determinismo ripugnante alla vita e al complesso delle dottrine di questi grandi zelatori della verità e della scienza.

6. Aristotile non solo ebbe (384-320 av. Cristo) una nozione volgare del dovere, di un imperativo ottativo, bensì ancora dell'imperativo categorico. In tutto il cosmo, come in un esercito ben condotto, v'ha una sola autorità per il motivo che troppi capi sono un male e uno solo

¹⁾ PLAT. *Rep.* IV 427^b 20, ss.

²⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 7, 1145, 2 (3) ss. (Edit. Didot.)

³⁾ XENOPH. *Mem.*, I, 5. 4.

basta ¹⁾. Dio comanda a tutti, mentre la creatura non può comandare se non come partecipe del divino; che se v'è del divino in ogni creatura ²⁾ non fa meraviglia questa partecipazione al comandamento sovrano.

La natura vuole che la ragione comandi, ciò che si deve fare e ciò che si deve tralasciare, quando si debba farlo e come ³⁾. Asserendo che la natura umana serve di norma nell'operare, che Dio comanda al disopra di tutti e che la creatura può solo comandare nella misura che partecipa del divino, Aristotile allude alla fonte ultima del dritto e dell'obbligazione.

Il dritto della natura razionale è di arrivare al pieno sviluppo della sua attività, conformemente alla ragione; tolta detta attività si toglie il motivo d'essere alla natura umana. Ma ogni dritto ha per correlativo un dovere; se la perfezione della natura umana è dunque un dritto, sarà un dovere per l'individuo in possesso di tale natura, il tendere senza tregua a questa perfezione.

Ora, il bene umano, la felicità, s'impone a lui, crea un'obbligazione morale. Dunque il bene, pur essendo inseparabile dalla felicità, non si confonde con questa, chè, non è l'esercizio, ma lo stato attuale della felicità che rappresenta la fine della morale.

Tutto questo ci sembra più che sufficiente per denotare la natura del dovere racchiusa sotto la forma dell'imperativo categorico che oppone ai meri ottativi dell'estetica. Ma tale imperativo razionale di Aristotile non si confonde coll'imperativo kantiano; ben lungi dal seguire la critica della ragione pura, presuppone necessariamente i dati della ragione, si radica nella natura umana, plasmabile alla superficie, costante però nel fondo.

Il dovere così concepito è un imperativo razionale, che non abbisogna d'altro se non dell'elemento volontario per conseguire tutta l'efficacia pratica. Certo la morale di Aristotile, come la morale dei Greci in generale, manca di tirare tutte quelle conclusioni che ci aspettavamo, manca di mettere in piena evidenza l'elemento che la unisce a Dio, ma per lo meno vi fa allusione mediante la natura intellettuale, che da una parte serve di base alla morale aristotelica, dall'altra è un effetto della creazione divina, ciò che si potrebbe facilmente giustificare rapportandoci al libro II delle *Fisiche* dove analizza il concetto di essere e di causa efficiente ⁴⁾.

¹⁾ ARIST. *Met.* 11, 1075, 10 (1, ss.)

²⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 10, 1178, 7 (8, ss.).

³⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 3, 1119, 12 (9).

⁴⁾ ARIST. *Phys* II, 3, 194^e, 33 ss.

Ammette Aristotile l'esistenza di due dritti, naturale l'uno, di sua natura universale; legale l'altro, cioè a dire, mutabile ¹⁾. Nel caso che il diritto legale dovesse contraddire al diritto naturale, ossia dato che lo Stato emetta delle leggi contrarie alla morale, il cittadino, potendolo, non dovrà ubbidire; la coscienza lo vuole, lo vuole l'equità ²⁾. La legge morale prevale così sulla legge positiva; questa è subordinata a quella, l'ordine giuridico all'ordine etico.

7. Il dritto dello Stato, nella mente di Aristotile, consta di una parte naturale e di un'altra formale; quella non dipende dal capriccio degli uomini, ma conserva sempre lo stesso valore; questa invece vien determinata in un modo o nell'altro e allora sarà giusto che gli sia conforme; essendo il giusto razionale, superiore al giusto legale.

Quest'ultimo concetto è di una rara squisitezza; da una parte, la più eloquente condanna che fin dall'antichità fosse data al materialismo che s'ostina a vedere nella legalità l'unica misura efficiente del diritto, dall'altra, una protesta contro i relativisti che non sanno distinguere nel diritto due elementi, l'uno vario a seconda dei tempi e dei bisogni, assoluto l'altro, dappertutto vigente in ogni tempo.

Non deve il legislatore emettere delle leggi in modo matematico, ma prima domandarsi se il progetto sia o no conforme alla coscienza, ai dettami della ragione e della morale; tale sembra almeno il pensiero di Aristotile.

Il compimento della felicità comporta per lo Stagirita una serie di esigenze che formano il dritto civile ³⁾, e in conformità delle quali convien regolare la condotta dei cittadini tra loro. Alla base poi sta il dritto naturale, contro di che nulla può prevalere ⁴⁾, regola normativa che deve, mediante l'equità, correggere il dritto positivo ogni qual volta da esso se n'allontani ⁵⁾.

Va tant'oltre a delineare questo diritto di natura, inerente per essenza a ogni essere che, pur legittimando la schiavitù, pur dicendo che lo schiavo diventa la *cosa*, l'*oggetto* del padrone, non tralascia di ricordare che non perde per questo la proprietà di uomo, conserva cioè i diritti alla vita morale, all'esercizio della sua attività conforme alla natura razionale, che dunque incombe al padrone l'obbligo di trattarlo come uomo ⁶⁾. La dignità umana occupa, presso Aristotile, un posto prepon-

¹⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 10, 1131^b, 18-20; 5, 1131^a, 1-9.

²⁾ ARIST. *Ibid.* 1137^b 11

³⁾ ARIST. *Eth. Nic.* (3), 1129 (13).

⁴⁾ ARIST. *Ret.* 13, 1373. 1-17.

⁵⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 10 (14), 1137. 43 (3): Ποιῖ δὲ τὴν ἀπορίαν ὅτι τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἔστιν, αὐτὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίστου δίκαιου.

⁶⁾ ARIST. *Eth. Nic.*, 1160^b, 28-29; 1161^a, 3-11: δοκεῖ γάρ εἶναι τι δίκαιον ἀνθρώπων... καθ' ὅσον ἀνθρώπων.

derante; ha dei diritti e dei doveri che la forza può violare, non togliere o da' quelli dispensare. Altrove ricorda che non si può concepire un genere di vita dove l'assassinio, la calunnia, l'adulterio, la prostituzione degli schiavi siano eretti a principio e praticati dalla maggior parte ¹⁾; così nulla prevale sul dritto naturale ²⁾.

8. L'equità, per lo Stagirita, è un altro fattore che rivendica e applica la legge etica contro la rigidità e l'ingiustizia delle leggi umane, cioè a dire, un regolatore della legge positiva, norma infallibile che gli serve di guida ³⁾.

Qui s'afferma ancor meglio il compito della legge morale, che, non solo tempera il rigor delle leggi, ma eleva un grido di protesta contro la loro ingiustizia qualora questa esistesse.

Aristotile rigetta l'opinione di coloro che vollero far dipendere il giusto e il bene unicamente dalla legge dinéando il suo fondamento nella natura ⁴⁾. Stima che vi sono delle azioni le quali possono sfuggire alla legge scritta, ma che non sfuggono ai principi della morale; che un giudice può essere prevaricatore pur restando nella legalità ⁵⁾.

Dunque l'ordine giuridico non è un'istituzione a parte, separato dall'ordine morale, come lo volle Kant, bensì partecipa di questo, in questo ha le fondamenta, da questo attinge tutto il valore. Fuori dell'ordine etico può darsi legalità, ma una legalità prevaricatrice, fantasma di dritto e d'obbligazione, non già dritto vero, o vera obbligazione.

Lo Stagirita precisa meglio il suo pensiero; ci dirà che colui il quale disobbedisce alle leggi, dev'essere trattato d'ingiusto, come pure il violatore dell'equità naturale ⁶⁾. Mentre è proprio della legge naturale il correggere la legge scritta quando sia sbagliata ⁷⁾, si deve opporre resistenza quando è tirannica; e qui ricorda il bell'esempio di Antigone che resiste fino alla morte e al martirio, alla tirannia di Creone ⁸⁾.

La legge morale non solo si limita a correggere la legge umana quando ripugna alla ragione e alla natura, ma impone persino la resistenza; è perchè questa non trova una forza vera al di fuori di quella. Nell'ordine etico attinge dunque il giuridico la sua specifica essenziale;

¹⁾ ARIST. *Polit.* 2, 1289.^a 38-41; 1289, 1-3; Cfr. *Eth. Nic.* 14, 1137^b, 11-34; Cfr. *Ret.*, 15, 1375^a, 22-25.

²⁾ *Eth. Nic.* 10, 1134^b, Cfr. FARGES, *Revue thomiste* (1902 mars) pag. 82.

³⁾ BOUTROUX, *La Grande Encyclopédie*, 70^{ème} liv., art. Aristote, § 20, pag. 947.

⁴⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 5, 1135, 7 (10). 1, ss.

⁵⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 5, 1137, 9 (11), 12; 5, 1130, 2 (4), (10).

⁶⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 5. 1129. 1 (8).

⁷⁾ ARIST. *Ibid.*, 5, 1137, 10 (14). 6.

⁸⁾ ARIST. *Ret.* 1 cap. XII. 2; cap. XV, 6.

ivi solo trova la vera giustizia, quella che dà a ciascuno il suo. La legge umana può essere legale, farsi valere colla fisica coazione, ma se alla legge morale, se all'ordine etico, se alla ragione divina contraddice, non potrà mai indurre un dovere nel foro della coscienza, perchè nella morale solo, solo in Dio trova l'obbligazione, la forza che la distingue da ogni altra concezione materialistica.

9. La nozione aristotelica concernente la giustizia completerà il già detto. Consacra Aristotile tutto il libro V della sua etica a determinarne il concetto, la natura, la proprietà e le funzioni. A lato della giustizia esterna legale, esiste per Aristotile una giustizia interna, naturale che conserva dappertutto la stessa forza e non dipende dall'opinione degli uomini ¹⁾.

Questa giustizia possiamo facilmente astrarla dai diversi casi particolari, e allora ci si presenta come una di quelle leggi generali che permettono alla scienza morale di costituirsi. Come poi la libertà solo, secondo il concetto aristotelico, fa sì che gli atti umani siano dei fenomeni morali può l'uomo operare la virtù e il vizio senza mai uscire dal dominio della moralità. Il contrario di un atto buono, un atto cattivo, alla sola condizione di essere libero, resterà un atto morale, sottomesso all'insieme di queste leggi generali che astraiano dai costumi, che sono destinate a regolare l'uso della libertà. Siffatte leggi sono certo a priori, ma non nel senso positivista dell'espressione, chè le tiriamo dall'esperienza, dalla realtà morale data ²⁾.

Così il sentimento della giustizia, sotto qualunque forma si manifesti, è sempre per Aristotile una legge universale dell'attività umana ³⁾; lo stesso dicasi delle altre abitudini morali che si radicano nella natura razionale ⁴⁾.

In sostanza a che si riduce questo concetto aristotelico della giustizia?

Giusto è quegli che dà a tutti il suo; o ancora, quegli che lascia pervenire a loro il dovuto, non solo quando gli pare e piace, ma dappertutto e sempre in forza di una tendenza abituale della volontà. Da ciò risulta che la giustizia non è altro che una abituale tendenza della volontà a dare a ciascuno il suo « suum cuique tribuere ». Nel senso lato, denota l'insieme di tutte le virtù, e quegli che dà a ciascuno il suo adempie tutti i doveri morali. Anche presso i Greci e i Romani fu spesso chiamato giusto l'uomo moralmente perfetto e venne presa la

¹⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 10, 1134^b τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικόν ἐστι τὸ δὲ νομικόν, φυσικόν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μὴ.

²⁾ Cfr. GILLET, l. c. pag. 54, ss.

³⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 5, 1131^a, 1-9.

⁴⁾ ARIST. *Eth. Nic.* 1144^b, 8; 1144^b, 3, ss., 36.

giustizia come sinonimo di santità ¹⁾. Ponendo la giustizia come norma delle leggi e dell'eguaglianza, Aristotile ha posto il principio fondamentale dell'ordine giuridico, ha dichiarato altamente l'unione essenziale del diritto colla morale, ha superato di gran lunga Socrate e Platone, lasciandoci della giustizia un concetto preciso, direi rigorosamente filosofico.

10. Che Aristotile abbia posto la giustizia a base del dritto e dato il primo impulso alla scienza giuridica, lo riconoscono anche i moderni. « Aristotile fu il primo, dice il Lasson, che abbia dato un'analisi definitiva del giusto, come principio costitutivo del dritto ²⁾ ».

E altrove: « Aristotile nella sua investigazione magistrale sul concetto del giusto, ha posto le basi di tutta la filosofia del dritto ³⁾ ».

Il Dahn chiama Aristotile il grande pensatore che a posto per tutti i tempi le fondamenta di una filosofia scientifica del dritto; che ha lasciato una scienza con grave danno dimenticata dai moderni sapienti o che invano si dibattono per demolire ⁴⁾.

La morale aristotelica non tira tutte quelle conclusioni che noi ci aspettavamo, e ciò lo si deve più al tempo in cui visse lo Stagirita, all'ambiente, alle opinioni dominanti, al fatto che, per quanto era possibile, volle legittimare questi costumi tradizionali, a fondo radicati nelle convinzioni del popolo greco. Certo, se ebbe il gran torto di non mettere in evidenza immediata l'elemento che la morale unisce a Dio, per lo meno vi fa allusione implicitamente mediante la natura intellettuale che, da una parte serve di base alla morale aristotelica, dall'altra è un effetto della creazione divina, il che si potrebbe facilmente giustificare con quanto dice nel libro II delle Físiche, dove analizza i concetti di essere e di causa efficiente ⁵⁾; quanto alla sanzione futura, Aristotile sembra favorire le opinioni correnti, ma lascia dal risolvere il problema, e preferisce confessare la sua ignoranza ⁶⁾.

¹⁾ ARIST. *Eth. Nic.* V. c. 1; Cfr. FARGES, *Révue thomiste* (1902 mars) pag. 82. ss.

²⁾ LASSON, *System der Rechtsphilosophie* (1882) pag. 223: « Das Gerechte, wie es das inhaltliche Princip des Rechts bildet, ist zuerst und mit bleibenden Resultaten von Aristoteles analysiert worden; an ihn hat sich die ganze Begriffsentwicklung auch ferner anzuschliessen ».

³⁾ I. c. pag. 14: « Aristoteles... hat über dies in seiner unmusterungültigen Untersuchung des Begriffs des Gerechten die Grundlagen für alle Rechtsphilosophie gelegt ».

⁴⁾ DAHN, *Der Begriff des Rechts* (1895) pag. 3, dove chiama Aristotile « den grossen Denker der die Grundlagen wissenschaftlicher Rechtsphilosophie für alle Zeiten gelegt hat, der uns eine Weisheit gelehrt, die Spätere — auch die jüngsten Weltweisen wieder — zu ihrem schweren Schaden vergessen haben oder zu bestreiten sich vergeblich erhitzen ».

Cfr. V. CATHREIN, *Recht*, etc., I. c. pag. 27.

⁵⁾ ARIST. *Phys.* II. 3, 194^b, 33, ss.

⁶⁾ ARIST. *Eth. Nic.* A. 11, 1100^a, ss.

La conclusione logica che segue spontanea da questo rapido studio sul concetto genetico della forza obbligatoria presso Socrate, Platone e Aristotile sembra riassumersi nell'idea unitiva dell'ordine giuridico col l'ordine etico, del legale col morale; la ragione di questo fatto inconcusso parmi si debba trovare nella convinzione ferma, e precisa che non solo il principio primo e fondamentale del dritto fosse essenzialmente contenuto nel dominio etico, ma ancora il concetto stesso del dritto implicasse per necessità una relazione intima colla morale. Nel campo morale si doveva quindi cercare l'idea del diritto; nessuna disposizione che uscisse da questo ambito, o vi contraddicesse, doveva arrogarsi il santo nome di diritto; norma generale, punto di partenza, interpretazione di esso ne era poi la giustizia, il « *justum oggettivo* ». Tale fu il merito precipuo dei Greci e in modo speciale di Aristotile, merito segnalato che doveva togliere il concetto giuridico di mezzo al marasmo della tradizione e del costume, esercitare tanta e sì benefica influenza sulla formazione del dritto, ma che i moderni, forse per spirito d'autonomia e di progresso, hanno troppo spesso dimenticato o espressamente combattuto, con grave danno della scienza e del diritto.

§ 2.

Cicerone.

1. Una doppia corrente influisce sulla formazione della morale e del dritto a Roma, la filosofia greca e lo stoicismo.

La capitale del mondo pagano era allora assorta in un duplice movimento d'espansione e di conquista; il lato pratico più che lo speculativo le sorrideva; la politica assorbiva per intero gli spiriti procrastinando la cultura intellettuale. Atene non doveva per altro tardare nel far sentire l'eco delle sue dottrine fino a Roma.

Parallela alla greca filosofia agisce la dottrina stoica in modo affascinante; collo studio della morale e del dovere nobilita lo stoico la concezione del dritto e della legge naturale ¹⁾.

Cicerone, (106-43 av. Cr.), spirito eletto, che abbraccia la cultura greco-romana, toglie dai sistemi e dalle dottrine elleniche in guisa eclettica quanto basti per creare un concetto più elevato del dritto e dello Stato. L'origine della forza obbligatoria dipende in modo speciale dal modo col quale si ha concepito il rapporto tra l'ordine giuridico e l'ordine etico,

¹⁾ Cfr. F. WALTER, l. c. pag. 394.

tra questo e Dio. Senza Dio, senza morale, non v'ha dritto, non v'ha forza obbligatoria. Pare che Cicerone abbia sentito meglio di ogni altro questo bisogno, e ne' suoi scritti ama spesso ritornare sul pensiero religioso; le massime morali formano anzi la caratteristica dominante. La credenza negli Dei appare al nostro filosofo non solo una verità rivelata dalla coscienza direttamente, sì ancora richiesta dall'interesse morale e politico; vede troppo bene che tolta la religione si toglierebbe di un sol colpo la fedeltà, la giustizia e ogni legame della vita comune ¹⁾.

2. Cicerone, come Aristotile, ha fatto un posto preponderante alla natura razionale. La natura, dirà egli, ha dato agli uomini come alle fiere l'istinto di difendersi, di cercare quello che loro giova, fuggire il nocivo; l'uomo solo ha la facoltà di ragionare, donde derivano le discipline tutte e le virtù morali ²⁾.

La natura, dando all'uomo la ragione, gli ha dato la coscienza qual criterio che ne dirigesse l'attività razionale: verità profonda questa, che l'incredulo si sforza invano di misconoscere.

« Se la coscienza, scrive Iginio Petrone, è un criterio poziore ad ogni altro in ogni ordine di conoscenze, lo è con tanta più ragione nell'ordine delle scienze morali e giuridiche. Niun raziocinio per quanto acuto, niuna riflessione per quanto profonda, varrà a farvi conoscere quello che è giusto e ingiusto, se nol sapete da voi stessi, se non sperimentate nella vostra coscienza il criterio che discerne l'una cosa dall'altra. Fu detto che maestra della vita è la storia; dirò con più ragione che maestra dell'uomo è la coscienza.

Quell'impromettersi dalla nuda esperienza esteriore la ricostruzione della coscienza giuridica, quel contrapporre che si fa della psicologia collettiva alla psicologia individuale è una cosa assurda. Chi non conosce sè stesso, state pur certi, questi difetta dell'unico mezzo per conoscere gli altri ³⁾ ». La natura ci ha dato non solo una morale disposizione, sì ancora gli stessi principi fondamentali della moralità, a noi incombe lo svilupparne i semi già fecondati ⁴⁾. Più esplicitamente ancora ci ricorda che la natura ha posto nell'intimo dell'uomo la coscienza del diritto; solo più tardi si forma una tendenza che trae l'uomo al male ⁵⁾.

I principi giuridici non sono dunque un'elaborazione arbitraria dello

¹⁾ CICERO, *De natura deor.* I, 2. 4; II, 61. 153; III, 2. 5; *Leggi*, II, 7, 15.

²⁾ CIC. *De offic.* I, c. 3.

³⁾ I. PETRONE, l. c. p. 163-164.

⁴⁾ CIC. *De finib.* V, c. 21. 59.

⁵⁾ CIC. *De leg.* I 13. 33: « atque hoc in omni hac disputatione sic intelligi volo, jus quod dicam naturam esse; tantam autem esse corruptelam malae consuetudinis, ut ab ea tanquam igniculi extinguantur a natura dati exorianturque et confirmentur vitia contraria ».

Stato, qualche cosa che s'applica esternamente, come lo vuole il Kant, no; loro specifica è di sussistere come nozioni universali, necessarie che si dirigono alla coscienza individuale rivelando il loro contenuto, ossia l'idea del giusto e dell'ingiusto, che noi conosciamo per natura, come in morale l'idea del bene e del male.

3. Nè Cicerone sembra pago di questo; vuol completare, riassumere in forma apodittica il suo pensiero. Sentiamolo: « Chi ebbe da natura la ragione, quegli ebbe pure una ragione ordinata; dunque una legge, che è la « *recta ratio* » nel comandare e nel proibire; se gli fu dato una legge, gli fu pure dato un dritto; ora la ragione venne data a tutti; quindi anche un diritto ¹⁾ ». Infatti la natura non è altro che la « *ratio* » di una certa arte, dell'arte divina, posta nelle cose, per mezzo della quale tendono esse a un fine determinato; così sarà bene ciò che è proporzionato e connaturale. Ogni cosa ha una consonanza, un'attitudine naturale a tutto ciò che è conveniente, il che si chiama amore naturale; come pure ha una dissonanza naturale per tutto ciò che ripugna ed è nocivo; il che si chiama odio naturale.

Applicando questa misura, possiamo dire che quanto conviene, ha ragione di bene; quanto ripugna ha ragione di male ²⁾.

Se all'uomo fu dato una natura razionale, uopo è che questa abbia tutti i mezzi necessari per tendere al suo fine proprio; uopo è che la « *ratio* » non sia un prodotto amorfo, ma, come dice Cicerone, una « *recta ratio* », avente cioè una norma determinata che consiste « in jubendo et vetando » e qui s'avvicina il nostro al precetto evangelico: « *fac bonum, devita malum* », precetto che appare in tutto il suo splendore nella nona Filippica, dove si legge espressamente che la legge non è altro se non la « *recta et a numine deorum tracta ratio* » che comanda le cose oneste, proibisce le disoneste ³⁾.

Qui s'aggiunge un altro elemento che riguarda l'origine di questa legge che proviene non già dagli uomini o dal caso, ma da Dio stesso « *a numine deorum tracta ratio* ».

4. La nozione ciceroniana rispetto all'ordine etico riuscirà ancor più completa se al già detto aggiungeremo un passo di gran valore, dove si mostra superiore ai Greci. Toglie egli quanto la dottrina dei maestri ellenici e stoici avea di buono; temperando colla dottrina dei primi il

1) CIC. *De leg.* I, 12, 33: « Quibus ratio a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando: si lex, jus quoque. At omnibus ratio, ius igitur datum est omnibus ».

2) S. THOM. *Sum. theol.* 1. 2. q. 29. a. 1.

3) CIC. *Philipp.* IX, 12, 28: « Est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio imperans honesta, prohibens contraria ». Questo passo ci ricorda molto da vicino la *participatio legis aeternae in rationali creatura* di S. Tommaso (*Sum. theol.* 1, 2, q. 91, a. 2).

rigore degli altri. « Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec abrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest.

Nec vero aut per senatum, aut per populum solvi hac lege possumus; neque est quaerendus explanator aut interpret eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac. Sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus; ille legis huius inventor, disceptator; cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac naturam hominis aspernatus, hoc ipso luet maximas poenas, etiam si caetera supplicia, quae putantur, effugerit ¹⁾ .

Non crediamo sì possa esprimere lo stesso pensiero in termini più rigorosi e più chiari di questi; si tratta di una legge universale, necessaria, uguale per tutti i tempi e a tutti i popoli; di una legge emanata da Dio, che quindi trova in Lui tutta la forza obbligatoria.

Detta legge si distingue da ogni altra in questo, che nè il Senato, nè il popolo radunato in comizi può esimere dall'obbedienza; dunque essa è una legge che tutti devono rispettare, i sudditi come i legislatori, l'individuo come lo Stato.

Una legge perchè possa obbligare dev'essere conforme in tutto e per tutto alla natura, ed è per questo che Cicerone la chiama « vera lex recta ratio » ponendo subito dopo un aggettivo che qualifica e rinforza: « natura congruens ». La stessa legge è « diffusa in omnes », ossia inerente alla natura razionale, è « constans », « sempiterna ». Ed invero l'ordine etico non muta col mutar dei tempi, non è diverso presso i diversi popoli, ma uno, immutabile, dappertutto e sempre. « Quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat »: qui appare il precetto nel suo significato positivo e negativo: « iubendo », « vetando »; ed è così che assume la massima estensione, abbraccia tutto l'ordine etico, sinonimo del precetto evangelico: « fac bonum, averte a malo ».

Tale interpretazione non solo è la più razionale, ma sembra ancora in piena armonia col testo che segue: « quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando movet ».

Non è questo un comandamento qualsiasi, non un semplice ottativo, bensì un precetto categorico. Comanda, e il suo comando non è vano; tale dev'essere appunto la natura di un precetto etico, che cioè porti seco una sanzione efficace come il comando. Si tratta qui di un precetto che

¹⁾ Cic. *Rep.* III, 22 (frag.).

però non muove fisicamente, che lascia intatto il libero arbitrio e per ciò stesso la responsabilità, « nec improbos iubendo aut vetando movet ». Da ciò possiamo anche persuaderci che Cicerone era ben lungi dal sacrificare il libero arbitrio.

Nè questa legge soggiace ai voleri del Senato, o del popolo; non è una ad Atene, altra a Roma, no; è di sua natura comune a tutti i popoli, la stessa in ogni tempo, sempre in vigore; il suo autore è Dio « ille (Deus) legis huius inventor, disceptator, lator ». Da Dio proviene, in Dio attinge l'essere, la natura di universale, d'eterna, l'efficacia, la sanzione. Da Dio e in Dio dunque la forza obbligatoria. Ciò posto perchè una legge positiva meriti obbedienza, dev'essere conforme alla legge morale.

5. A conferma ci piace ricordare un altro passo di gran valore: « Hanc video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominis ingenis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum; sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia. Ita principem legem illam et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis Dei: ex qua illa lex, quam dii humano generi dederunt recte est laudata.... Erat enim ratio profecta a rerum natura et a recte faciendum impellens et a delicto evocans, quae non tum denique incipit lex esse, cum scripta est. Quamobrem lex vera atque princeps apta ad iubendum et ad vetandum ratio est recta summi Iovis ¹⁾ ».

Cicerone riconosce adunque l'ordine etico come subordinato direttamente a Dio, ne mette in evidenza la forza intima, costitutiva, in modo e con una precisione sconosciuta fin'allora. Nè sembra pago di tanto, vuol discendere ancor meglio nei particolari, vuol far vedere e toccar con mano la necessità per le leggi positive di conformarsi alla legge morale sotto pena di riuscir inutili e vane ²⁾.

Se così è, non già la legge positiva è la norma del giusto e dell'ingiusto, non già la legalità, propria anche delle leggi tiranniche, ma l'ordine etico, che abbraccia tutta l'attività razionale dell'uomo.

La legge umana sarà giusta e obbligatoria solo nella misura che partecipa di questa legge eterna.

6. Cicerone ha voluto mettere in rilievo questa proprietà dell'ordine

¹⁾ Cic. *De Leg.* II. 4.

²⁾ Cic. *Leg.* I, 15: « Jam vero illud stultissimum existimare omnia iusta esse, quae scita sint populorum institutis aut legibus. Etiamne, si quae sint leges tyrannorum? Si triginta illi Athenis leges imponere voluissent, aut si omnes Athenienses delectarentur tyrannicis legibus, num ideo hae leges iustae haberentur? Nihil, credo, magis illa quam interrex noster tulit, ut dictator, quem vellet civium, indicta causa impune posse occidere. Est enim unum ius, quo devincta est hominum societas, et quod lex constituit una; quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi: quam qui ignorat is est iniustus, sive illa est scripta uspiam, sive non ».

etico, di essere cioè il fondamento dell'ordine giuridico, non potendo quel che è instabile, quel che soggiace alla volontà degli uomini e al tempo erigersi a principio generale, a norma della giustizia, pensiero anche più manifesto in un altro passo, dove il grande Arpinate, in uno di quei suoi squarci magistrali, scolpisce in pochi tocchi tutta la necessità di un ordine etico, base fondamentale, norma suprema dell'ordine giuridico. Sentiamolo: « Che se le decisioni popolari, se i decreti dei principi, se le sentenze dei giudici costituissero i dritti, allora dritto sarà il ladrocinio, dritto l'adulterio, il falsificare i testamenti colla sola condizione di essere approvati dal suffragio o dal decreto popolare ¹⁾ ».

Se la giustizia della legge umana non dipende dal popolo, nè dai principi, nè dai giudici, nè dal suffragio della moltitudine, gli è che dipende dall'ordine etico che proibisce il ladrocinio, proibisce l'adulterio, proibisce di falsificare i testamenti, proibisce tutto ciò che è male, comanda ciò che è bene.

Altri passi in questo senso si possono trovare in Cicerone; così nelle Leggi, II, 4; nelle Filippiche, 2, n. 12 ecc.

La conclusione si è che Cicerone concilia felicemente la filosofia greca allo stoicismo, tempera la rigidezza di questo per mezzo di quella e, meglio dei Greci, assorge direttamente, esplicitamente fino a Dio per determinare la fonte del diritto.

Mitiga da una parte l'idealismo platonico, dall'altra non si rinchiude nella sola cerchia della natura come Aristotile. L'autorità umana, checchè sia, non è la norma ultima del diritto, ma solo l'ordine etico; per questa ragione: che se l'uomo può dettare delle leggi, non può cambiare la natura delle cose, far sì che l'ingiusto e il disonesto divenga giusto e onesto per mezzo della legalità o viceversa.

Se la legge positiva perchè sia valida dev'essere conforme alla legge morale gli è perchè la forza obbligatoria di quella è posta in questa, la quale trova la sua ragione sufficiente in Dio.

§ 3.

S. Agostino.

1. Il cristianesimo riabilita la natura umana, fa conoscere al mondo che noi tutti siamo fratelli, figli dello stesso Padre, sancisce la sua legge d'amore, esercita un'azione benefica e purificatrice sulla morale e sul

¹⁾ *De Leg.* I. 16: « Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur: ius esset latrocinari; ius adulterare; ius testamenti falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur ».

diritto. Tempera il diritto quando lo scorge troppo severo, lo fortifica dove lasso, lo cambia e lo rifonde dove meno giusto ¹⁾).

Fra i primi Padri della Chiesa, per quel che riguarda il nostro studio, S. Agostino parmi degno di speciale considerazione.

Tutto ciò che non è in relazione colla religione, è indifferente, per S. Agostino; la religione è come la pietra fondamentale, come il punto fisso verso il quale tutto deve convergere. Così, presso il Filosofo africano, successivamente scettico, neo-platonico, credente, troviamo un nuovo elemento, l'elemento cristiano.

A prima vista nel suo *De civitate Dei*, sembra che secondo lui l'ordine naturale sia stato sovvertito colla fondazione di un governo, dove il peccato ha prodotto la schiavitù degli uni per mezzo degli altri.

Come tutto ciò che si chiama Stato è basato su questa distinzione, ne segue che il suo nascere è solo concepibile come conseguenza del peccato ²⁾, un'istituzione fondata unicamente per provvedere a' bisogni, un'arena delle passioni, dove i deboli sono vittima dei più forti ³⁾.

2. Dato questo concetto, c'interessa sapere se S. Agostino abbia riconosciuto lo Stato come un'istituzione naturale, sì o no.

Anzi tutto riconosce nella famiglia il principio fondamentale, la prima particella dello Stato ⁴⁾; così è d'opinione che là dove s'incontra un re, una curia, dei ministri, una plebe, ivi esiste eziandio uno Stato; nè questo sarebbe possibile negli Stati perversi se una tale organizzazione non fosse prima ben radicata nei singoli individui che sono l'elemento primario dello Stato ⁵⁾.

Dunque lo Stato è un'esigenza della natura umana; in altri termini, l'uomo è di sua natura sociale. Se la famiglia è una istituzione naturale, bisogna che l'autorità v'abbia il suo posto, bisogna che i membri componenti la stessa siano sottomessi a quest'autorità che gode del potere coercitivo, della facoltà di punire ⁶⁾. La famiglia, come facente

¹⁾ Cfr. WALTER, l. c. pag. 396, ss.: « Mit dem Christenthum », scrive Döllinger, « war eine neue Freiheit geboren; ein weiteres, dem Kaiserwillen unzugängliches Gebiet, in welchem auch der Bettler, auch ein schutzloses Weib, auch der Sklave sich frei und unbezwingbar fühlte, war geschaffen, es war die Freiheit des Gewissens, das Recht der Individualität », (DÖLLINGER, *Christenthum und Kirche* (Regensburg 1860) pag. 414.

²⁾ Cfr. *De civ. Dei* IV. c. 4; XV. c. 4; XIX, 15.

³⁾ *De civ. Dei* XIX c. 16.

⁴⁾ *De civ. Dei* XII c. 16.

⁵⁾ Conf. *Psalm. IX, Enarrat* §. 8, tom. V, C. 4 D.: « Ergo ubi rex, ubi plebs invenitur, civitas est. Neque enim tulia essent in malis civitatibus, nisi prius essent in singulis hominibus, qui sunt tanquam elementa et semina civitatum ».

⁶⁾ Cfr. *De civit. Dei* XIX, c. 15. 334, § 10: « Verum et paenalis servitus ea lege ordinatur, quae naturalem ordinem conservari jubet, turbare vetat, quae si contra eam legem non esset factum, nihil esset servitute coercendum pater familias ». (I. l. 334, § 30).

parte dello Stato, deve a lui subordinarsi per così tendere al suo fine, (cap. XVI, 334, § 15): quia omne initium ad aliquem sui generis finem, omnis pars ad universi, cuius pars est, integritatem refertur ». Parla della *civitas, quae nihil aliud est quam hominum multitudo aliquo societatis vinculo conligata* (XIX, c. 24). Coll'espressione « aliquo vinculo », S. Agostino allude al vincolo naturale; non a una conseguenza del peccato, ma ad una proprietà, a una tendenza che Dio stesso ha posto nella natura umana. Come quegli che ben conosceva l'umana natura, facilmente potea S. Agostino esser convinto che l'uomo è nato per la società, che il principio, la consistenza, lo sviluppo regolare della stessa, è il principio, la consistenza, lo sviluppo del genere umano, che questo è intimamente unito a quello, che, secondo il piano divino, non si può concepire il genere umano senza concepire la società, dove l'individuo forma la famiglia, le famiglie le comunità e queste lo Stato.

Dunque non è lo Stato, non è la famiglia qualche cosa di fortuito, ma un'istituzione naturale, provvidenziale che il Creatore medesimo ha assegnato all'uomo. Da una parte si vede la mano potente di Dio che imprime il moto di riunione, dall'altra la riunione organica che si compie in armonia della libertà personale. La potenza creatrice di Dio manifesta l'opera della natura, come la natura di quest'opera manifesta in sè il carattere sociale.

Lo Stato è dunque un'istituzione naturale suscettibile di esistenza morale.

Se lo Stato fosse la pura conseguenza del peccato, non poteva San Agostino farne un'istituzione naturale; che anzi, ben lungi dal mirare a delle relazioni possibili fra Chiesa e Stato, avrebbe dovuto dichiarar guerra eterna della Chiesa contro lo Stato, come la Chiesa dichiara guerra contro il peccato ¹⁾.

3. S. Agostino definisce la legge eterna: « ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbare vetans ²⁾ ». Per Cicerone era la « ratio », la « recta ratio », per S. Agostino sarà qualche cosa di più: « ratio » vel « voluntas Dei ». D'un sol colpo aveva questi espresso ciò che i Greci e i Latini non seppero fare che esitando e alla sfuggita.

La « ratio » e la « voluntas » sono due cose distinte, e la concezione della legge è diversa a seconda che si prenda l'una o l'altra. Sebbene S. Agostino alluda altrove alla ragione solo ³⁾, l'espressione di

¹⁾ S. AUGUST. *De civit.* XV, 4. tom. II, 53, § 35; XIX, c. 17. § 15.

²⁾ *Contra Faust.* I. 22, C. 27.

³⁾ *De libero arb.* I. 6: « Lex est summa ratio, cui semper obtemperandum est ».

« ratio » vel « voluntas Dei » sembra poco felice e che si presti a un equivoco.

Di fatti la legge, da *ligando*, è una regola, una misura degli atti, secondo la quale s'induce o si distoglie qualcuno dall'agire.

Or bene, imperare o intimare è proprio della ragione non della volontà; quindi la legge è un dettame imperativo o intimativo della ragione.

In altri termini la legge ordina a un fine; ma l'ordinare teleologicamente l'attività razionale spetta all'intelletto; dunque la legge è un atto della ragione non della volontà ¹⁾.

4. Che questa legge eterna esista nella mente del Creatore, non v'ha dubbio, giacchè, se la provvidenza divina abbraccia tutte le cose create, senza distinzione, ne ciò occorre provarlo, tanto più l'uomo, come superiore al resto in dignità, doveva essere l'oggetto di preferenze speciali.

La ragione poi di questo governo esistente nella mente divina è la legge eterna sotto il duplice aspetto di comando positivo e di comando negativo « iubens et vetans ».

In quel modo che nell'ordine fisico si rivelano infinite leggi naturali, così in tutto l'universo regna sovrana la legge eterna che fa tendere tutte le cose all'unità, le conserva nell'ordine prestabilito e le dirige al loro principio creatore, fisicamente gli esseri irrazionali, moralmente l'uomo. Spieghi se può il materialismo, quest'ordine eccelso, l'unità, la solidarietà che abbraccia tutti gli esseri, tutte le cose dell'universo; il panteismo volendo esagerare quest'unità va all'eccesso opposto, nega la molteplicità e la varietà delle cose, e per ciò stesso l'ordine, che consiste nell'essere uno nella multiforme varietà. Coloro che obbediscono alla legge temporale, dice S. Agostino, non possono essere dispensati dall'obbedire alla legge eterna....; per lo contrario quegli che obbedisce alla legge eterna, non abbisogna della temporale ²⁾. Proprio

¹⁾ LIESKER, l. c. pag. 15: « Der Grund, warum dieser Wille gewisse Gesetze für die vernünftigen und willensfrei Individuen der Gesellschaft giebt, ist nicht der Wille selbst, sondern es ist die Ueberzeugung, das diese Gesetze einem Zwecke dienen. Aber auch den Zweck kann der gesetzgebende Wille des Staates nicht nach eigener Willkür aus sich heraussetzen, soll das Wahl der Staatsangehörigen unverletzt bleiben. Der wahre Beweggrund der normalen Willenserklärung ist daher nicht der Wille, sondern das Erkennen, und der tiefere Grund des vom Willen Gesetzten ist die erkannte Realität der materiellen und geistigen Welt mit ihrem ganzen Reichtum von Normen ». l. c. pag. 16: « Mit der Proklamierung des Willens schlechthin als Quelle des Rechts ist, da auch jede Willkürthat auf einen Willensakt zurückgeführt werden muss, der Willkür die Pforte geöffnet. Und doch kann schliesslich niemand die Willkür ernstlich als eine wahre Quelle des Rechts anerkennen ».

²⁾ S. AUGUST. *De libero arb.* I, c. 15, 31.

della legge è l'imporre un'obbligazione ragionevole a un essere libero; una legge che non porta seco questa forza non è legge.

Poco importa se l'obbligazione abbraccia l'intenzione solo o anche l'azione esterna; una cosa ci preme, cioè che la legge obblighi a qualche cosa l'uomo, di sua natura libero. Detta obbligazione dirigendosi a un essere libero e razionale non può essere che etica. Quindi non v'ha vera legge che non produca un dovere morale.

5. Altrove scrive S. Agostino che, non tutto ciò che si chiama diritto lo è veramente ¹⁾; ossia la legalità non basta perchè una legge sia giusta e obblighi in coscienza. Qui ancora brilla la natura dell'obbligazione giuridica, che non può essere efficace se non in forza dell'ordine etico, che la nobilita e la rivesta del suo vero carattere morale. Dunque S. Agostino aveva ragione quando, per meglio specificare il suo pensiero, aggiungeva che giusto è solo ciò che è dedotto dalla legge eterna ²⁾; quindi, Dio solo, giustizia per eccellenza, è la fonte prima di ogni dritto; a questo faro perenne deve fissarsi la legislazione umana, per non andar raminga nelle tenebre dell'errore, giacchè la legge ingiusta, come ci dice lo stesso Dottore, non è, non può essere una legge ³⁾.

Concetto profondo che ci rivela il nervo della sua dottrina giuridica dottrina che sola corrobora la legislazione, giustificandone la caratteristica obbligatoria. Non perchè lo Stato ha decretato questo o quest'altro, scrive ancora, sarà eretto un vero diritto, nascerà un dovere nei sudditi, ma solo nella misura che la Chiesa riconosce questo diritto e questa obbligazione come conformi alla verità cristiana ⁴⁾.

Altrove dice: la giustizia ha per compito di comandare quello che a Dio piace, proibire ciò che a Lui dispiace ⁵⁾.

Infine, ciò che riassume molto bene il tutto: « Non v'ha giusto, non v'ha legittimo nelle leggi umane che gli uomini non abbiano dedotto dalla legge eterna ⁶⁾ ».

La conclusione che risulta da questa breve sintesi si è che S. Agostino ha elucidato il concetto antico, e nella definizione stessa della legge ha

¹⁾ *Enarr. in Psalm.* 145, 15.

²⁾ *De libero arb.* I, 15; I. C. 6: « Simul etiam te videre arbitror, in illa temporalibus nihil esse justum atque legitimum, quod non ex hac aeterna sibi homines derivarint... (Lex aeterna) ea est, qua justum est, ut omnia sint ordinatissima ».

³⁾ *De libero arb.* I, 11.

⁴⁾ Ep, CV, § 7; Ep. CLXXXV, C. 2 §. 8.

⁵⁾ *De diversis quaest.* LXXXIII c. 31. 1. tom. VI. 20. « Legis itaque iustitia est, iubere quod Deo placet, vetare quod displicet; in lege autem iustitia est servire litterae, et extra eam nullum Dei adiutorium ad recte vivendum requirere ».

⁶⁾ S. AUG. *De libero arb.* I, c. 6.

introdotta un termine nuovo, caratteristico, che riconduce il diritto, colla rispettiva forza obbligatoria, direttamente a Dio. Non si serve più di circonlocuzioni, ma dirà senz'altro che la legge è la ragione o la volontà di Dio.

Fu certo un gran passo sull'antichità l'aver saputo tener conto del peccato originale, mettere in evidenza i doveri dell'uomo di fronte a Dio, principio e fine ultimo, i doveri verso se stesso e verso il prossimo, riempire così una lacuna, deplorabile. Il Filosofo africano ha superato così di gran lunga la concezione pagana. Bisogna però confessare ch'egli ebbe il vantaggio incalcolabile di essere guidato dalla ragione rischiarata e sorretta dalla fede.

A S. Tommaso era riserbato il precisare ancor meglio, e diremo definitivamente, il concetto etico-giuridico.

§ 4.

S. Tommaso d'Aquino.

1. L'Angelo della scuola († 1274) incomincia l'Etica parlando della teleologia che s'estende a tutti gli esseri creati, subordinandoli in modo ammirabile al loro Creatore, principio e fine. Pone egli, si direbbe, come punto centripeto di tutta la moralità, la legge naturale, legge che si deve concepire qual partecipazione per parte dell'uomo della legge eterna da Dio promulgata nel suo « *Foglio* »; legge che trova in Lui solo la ragione d'essere, in Lui la sola, la vera sanzione.

Il concetto del mondo teistico-teleologico, inseparabile dal pensiero cristiano, costituisce il principio fondamentale di tutta la filosofia del diritto presso S. Tommaso. Ma lasciamo da parte il resto, e veniamo al concetto dell'autorità e della forza obbligatoria delle norme giuridiche.

Dal momento che l'uomo giudica una cosa utile al proprio fine, sorge in lui l'obbligo morale, o meglio il comando di procurarsela e servirsene come mezzo. Ma poichè le vedute personali vanno soggette a errore, entra di mezzo un'autorità superiore, la politica, che a sua volta è subordinata all'autorità suprema, la sapienza del Creatore, sapienza immutabile, eterna, che ab eterno ha ordinato il tutto.

Questa in breve la gerarchia delle idee che sembrano succedersi nella dottrina dell'angelico Dottore. Sentiamolo: « sicut actiones rerum naturalium procedunt ex potentiis naturalibus; ita etiam operationes humanae procedunt ex humana voluntate. Oportuit autem in rebus naturalibus, ut superiora moverent inferiora ad suas actiones per excellen-

tiam naturalis virtutis collatae divinitus. Unde etiam oportet in rebus humanis, quod superiores moveant inferiores per suam voluntatem ex vi auctoritatis divinitus ordinatae. Movere autem per rationem, et voluntatem est *praecipere*. *Et ideo sicut ex ipso ordine naturali divinitus instituto inferiora in rebus naturalibus necesse habent subjici motioni superiorum: ita etiam in rebus humanis ex ordine juris naturalis, et divini tenentur inferiores suis superioribus obviare*¹⁾ ».

Altrove determina la parte reciproca che l'intelletto e la volontà hanno nel comando, in quelle parole: «imperare est actus rationis, praesupposito tamen actu voluntatis²⁾».

Da questo concetto risulta chiaro che l'obbedienza è un atto d'autorità, è un precetto, (movere autem, per rationem, et voluntatem est praecipere). La natura poi di detto precetto appare da un altro passo: «praeceptum importat applicationem legis ad ea, quae ex lege regulantur. Ordo autem ad bonum commune, qui pertinet ad legem, est applicabilis ad singulares fines. Et secundum hoc etiam de particularibus quibusdam praecepta dantur³⁾». Il precetto si traduce nella legge che ha per mira *l'ordinatio rationis, l'imperium* o il comando, e l'Angelico ci dirà appunto della legge quanto segue: «lex quaedam regula est, et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur. Dicitur enim lex a ligando, quia obligat ad agendum. Regula autem, et mensura humanorum actuum est ratio, quae est principium primum actuum humanorum, ut ex praedictis patet. (q. 66 a. 1). Rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis, secundum Philosoph. (l. 7, Ethic. c. 8, a. med. to. 5). In unoquoque autem genere id quod est principium, est mensura, et regula illius generis: sicut unitas in genere numeri, et motus primus in genere motuum. Unde relinquitur, quod lex sit aliquid pertinens ad rationem⁴⁾».

Il pensiero tomistico acquista nuova luce, si completa per intero in altri due tratti che ci piace riportare per esteso: «lex proprie primo, et principaliter respicit ordinem ad bonum commune. Ordinare autem aliquid in bonum commune, est vel totius multitudinis vel alicuius gerentis vicem totius multitudinis. Et ideo *condere legem vel pertinet ad totam multitudinem, vel pertinet ad personam publicam, quae totius multitudinis curam habet*: quia et in omnibus aliis ordinare in finem est ejus, cujus est prius ille finis⁵⁾». E ancora: «nihil

¹⁾ *Sum. theol.* 2. 2. qu. 104. art. 1.

²⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 17. a. 1.

³⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 90. a. 2. ad 1.

⁴⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 90. a. 1.

⁵⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 90. a. 3.

est aliud lex, quam dictamen practicae rationis in principe, qui gubernat aliquam communitatem perfectam. Manifestum est autem, supposito quod mundus divina providentia regatur, ut in I habitum est (qu. 22 a. 1, et 2), quod tota communitas Universi gubernatur ratione divina. Et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens legis habet rationem. Et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternum conceptum, ut dicitur Proverb. 8 inde est, quod *hujusmodi legem oportet dicere aeternam*....

Sic igitur aeternus divinae legis conceptus habet rationem legis aeternae secundum quod a Deo ordinatur ad gubernationem rerum ab ipso praecognitarum ¹⁾ ».

Da qui risulta manifesto che S. Tommaso non solo pone il principio di ogni legge veramente obbligatoria in Dio, ma per di più il concetto dell'autorità lo fa dipendere in ultima analisi dalla ragione divina e così subordina l'autorità creata all'autorità per eccellenza. Ma vediamo la ragione di tale dipendenza: « *praeter legem naturalem, et legem humanam necessarium fuit ad directionem humanae vitae habere legem divinam*. Et hoc propter quatuor rationes. *Primo* quidem, quia per legem dirigitur homo ad actus proprios in ordine ad ultimum finem.... Sed quia homo ordinatur ad finem beatitudinis aeternae, quae excedit proportionem naturalis facultatis humanae.... ideo necessarium fuit, ut supra legem naturalem, et humanam dirigeretur etiam ad suum finem lege divinitus data. *Secundo*, quia propter incertitudinem humani iudicii, praecipue de rebus contingentibus, et particularibus, contingit de actibus humanis diversorum esse diversa iudicia, ex quibus etiam diversae, et contrariae leges procedunt. Ut ergo homo absque omni dubitatione scire possit, quid ei sit agendum, et quid vitandum, necessarium fuit, ut in actibus propriis dirigeretur per legem divinitus datam, de qua constat, quod non potest errare. *Tertio* quia de his potest homo legem facere, de quibus potest iudicare. Iudicium autem hominis esse non potest de interioribus, qui latent, sed solum de exterioribus motibus, qui apparent.... Et ideo lex humana non potuit cohibere, et ordinare sufficienter interiores actus; sed necessarium fuit, quod ad hoc superveniret lex divina. *Quarto*, quia, sicut Augustinus dicit in I de libero arbitrio, (ex cap. 5, et 6, tom. 1), lex humana non potest omnia quae male fiunt, punire, vel prohibere.... Ut ergo nullum malum improhibitum, et impunitum remaneat, necessarium fuit supervenire legem divinam per quam omnia peccata prohibentur ²⁾ ».

¹⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 91. a. 1.

²⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 91. a. 4.

Passaggio questo di una rara bellezza, ma troppo spesso dimenticato dai contemporanei con grave danno della scienza giuridica.

Riassumendo il tutto: l'obbedienza è per S. Tommaso un atto autoritativo o un precetto; il precetto una legge; la legge un *imperium* o meglio un *ordinatio rationis et voluntatis*, al quale segue per necessità l'atto morale; per ciò stesso l'assoggettarsi all'autorità è un atto eminentemente morale. Del resto essendo proprio della ragione l'ordinare ad un fine, il principio fondamentale dell'autorità non può essere che la ragione e, in ultima analisi, la sapienza del Creatore, fonte suprema di ogni diritto e autorità.

Ma proseguiamo l'analisi del pensiero tomistico ripieno sempre di dottrina, di verità.

2. S. Tommaso ci dice che non si può attribuire ad alcuno una proprietà connaturale senza riconoscergli naturali i mezzi necessari a conservarla, tanto più che la natura opera sempre con senno. Ora, se proprio dell'uomo è l'essere sociale ¹⁾, bisogna riconoscergli come naturale tutto quello senza di che la società non può sussistere ²⁾. Ma la società non può sussistere senza un potere politico che assicuri l'ordine, l'unità e la pace ³⁾.

¹⁾ *De regimine princ.* Lib. I, c. 1; « Naturale est homini, ut sit animal sociale et politicum, in multitudine vivens, magis quam omnia alia animalia; quod quidem naturalis necessitas declaravit. Aliis enim animalibus natura prae-paravit cibum, tegumenta pilorum, defensionem, ut dentes, cornua, ungues, vel saltem velocitatem ad fugam. Homo autem institutus est nullo horum sibi a natura praeparato, sed loco omnium data est ei ratio, per quam sibi haec omnia officio manuum posset praeparare. Ad quae praeparanda unus homo per se sufficienter vitam transigere non posset. Et igitur homini naturale, quod in societate multorum vivat... ut unus ab alio adjuventur et diversi diversis inveniendis per rationem occuparentur, unus in medicina, alius in hoc, alius in alio ».

²⁾ *Sum. theol.* I. 2. q. 27. a. 1.: « Unicuique bonum est, quod est sibi con-naturale et proportionatum ». Spiega più estesamente lo stesso principio nella *Summa contra Gentiles* III. 129: « Cuicumque est aliquid naturale, oportet esse naturale id, sine quo illud haberi non potest, natura enim non deficit in necessariis. Est autem homini naturale, quod sit animal sociale, quod ex hoc ostenditur, quia unus homo solus non sufficit ad omnia, quae sunt humanae vitae necessaria. Ea igitur! sine quibus societas humana conservari non potest, sunt homini naturaliter convenientia ».

³⁾ *De reg. princ.* Lib. I. c. 12: « Si ergo naturale est homini, quod in so-cietate multorum vivat, necesse est in omnibus esse, per quod multitudo re-gatur ». I. c. Lib. I. c. 1: « In omnibus, quae ad finem aliquem ordinantur, in quibus contingit sic et aliter procedere, opus est aliquo dirigente, per quod di-recte debitum perveniatur ad finem. Non enim navis, quam secundum diver-sorum ventorum impulsu in diversa moveri contingit, ad destinatum finem perveniret, nisi per gubernatoris industriam dirigeretur ad portum... Si... na-turale est homini, quod in societate multorum vivat, necesse est in hominibus esse per quod multitudo regatur. Oportet igitur praeter id, quod movet ad pro-prium bonum unuscuiusque, esse aliquid quod movet ad bonum commune multorum; propter quod est in omnibus, quae in unum ordinantur, aliquid in-

« Ed invero, come osserva M. Liberatore, non può concepirsi un tutto, senza concepire a un tempo le parti, che occorrono per costituirne l'essenza. Ora l'autorità è parte essenziale della società; essendo il principio dell'unità, per la quale la moltitudine forma un popolo o un ceto ordinato. E però, come ripugna che un corpo fisico esista senza la forma, cioè senza il principio, da cui riceva l'atto e l'unità; così è impossibile che esista un corpo morale, cioè la società, senza l'autorità, la quale, collegando col suo impero i molti, ne diriga l'azione, sotto stabili norme, al comun bene ¹⁾ ».

Dall'ordine naturale come dal divino risulta dunque per noi il dovere di ubbidire all'autorità ²⁾.

Di fatti la prima esigenza, la più elementare, senza la quale impossibile diventa ogni vincolo sociale ³⁾, è la sottomissione a un'autorità determinata: per ciò stesso il precetto fondamentale che Dio ha dato all'uomo come facente parte della vita sociale è quello di ubbidire agli ordini legittimi dei propri superiori. In altre parole: quello stesso Dio che ha creato l'uomo sociale, gli ha parimenti imposto il dovere di adempiere tutto ciò che è necessario perchè la società possa sussistere e prosperare. Sopra questo precetto della legge morale deve pertanto esser basato ogni norma proveniente dall'autorità creata, dal sigillo divino ritrarre tutta la forza obbligatoria ⁴⁾. Ora, come Dio non può contraddirsi, qualora la legge umana discordasse dalla divina, resterebbe lettera morta ⁵⁾, al più potrebbe far valere le sue pretese colla forza fisica, e allora a ben poca cosa si riduce la concezione del dovere, a ben poco la dignità di

venitur alterius regitivum. In universitati enim corporum per primum corpus, scilicet coeleste, alia corpora ordine quodam divinae providentiae reguntur, omniaque corpora per creaturam rationalem. In uno etiam homine anima regit corpus... Oportet igitur esse, in omni multitudine aliquod regitivum ».

¹⁾ *Filosofia del diritto* (Napoli 1878) pag. 142.

²⁾ *Sum. theol.* 2. 2. q. 104. a. 1: « in rebus humanis ex ordine juris naturalis, et divini tenentur inferiores suis superioribus obœdire: a. 2: Obœdire autem superiori debitum est secundum divinum ordinem rebus inditum ».

³⁾ *L'Autorità Sociale*, (Civiltà cattolica, serie II, vol. IV) pag. 20. « La società abbian detto, allora soltanto merita questo nome quando è d'uomini ragionevoli cooperanti, secondo lor natura, vale a dire per movimento d'intelletto e volontà, al bene comune. Ora è facile il vedere che a questo bene comune gli uomini non vengono determinati come le api, i castori, le grù, animali consociati per natura, e condotti per necessario istinto a quell'operare concorde, donde risultano per le prime gli alveari, pei secondi le loro capannucce, per le terze le annue trasmigrazioni ».

⁴⁾ *Sum. theol.* 2. 2. q. 104. a. 6. ad 3: « principibus saecularibus intantum homo obœdire tenetur, in quantum ordo justitiae requirit. Et ideo si non habeant justum principatum sed usurpatum, vel si injusta praecipiant, non tenentur eis subditi obœdire, nisi forte per accidens, propter vitandum scandalum, vel periculum ».

⁵⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 95. a. 2: « Si lex humanitus posita in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex, set legis corruptio ».

un essere, dotato di ragione e di libertà. Perchè l'autorità possa imporsi, indurre un obbligo nella coscienza di un essere razionale, di sua natura libero, convien che abbia una missione speciale, una patente legittima di rappresentante dell'autorità divina, perchè a Dio solo è concesso di sottomettere a' suoi comandi la creatura per eccellenza sulla terra, non potendo l'uomo in forza della propria potenza obbligare se stesso, essere a un tempo sovrano e suddito, non gli altri, perchè simile a loro nella natura come tale.

L'abuso della forza in quegli che rappresenta l'autorità conduce all'assolutismo, alla centralizzazione illimitata, erige a principio, sotto altro aspetto, la famosa formola del *cujus regio, ejus religio* », o quella di Luigi XIV, « *L'État c'est moi* », o l'altra non meno nota: « *La libertà è il despotismo della ragione* ».

Nell'osservanza di una legge divina v'ha la subordinazione immediata della creatura al Creatore, della ragione umana alla ragione divina: nell'obbedienza a una legge umana si sottomette l'uomo al suo simile e quindi la dignità di tale sottomissione non consiste tanto in sè stesso, quanto nel suo fondamento ¹⁾. Finchè l'uomo, come tale, comanda al suo simile facilmente può apparire la subordinazione dell'uno all'altro, dei sudditi al loro superiore, come l'avvilimento del proprio « Io », come la negazione dell'eguaglianza *essenziale* naturale; invece, subito che asorgiamo fino a Dio, creatore, legislatore dell'universo e dell'uomo, nella cui natura sociale volle questa subordinazione, allora troviamo tosto il principio che spiega, nobilita l'obbedienza dei sudditi alla dignità di virtù. In questo caso nell'obbedienza al suo simile ubbidisce l'uomo a Dio, come pure nella disobbedienza disobbedisce al suo Creatore e pa-

¹⁾ *L'Autorità sociale*, (Civiltà cattolica serie II, vol. IV) pag. 25. « L'Autorità è, come abbiamo detto, principio d'ordine, e l'ordine ha una fisionomia propria, determinata primitivamente dal Creatore dell'universo; ed egli è, lasciati dir così, il supremo pittore che colori quest'immensa tela del mondo da noi contemplata e coll'occhio e col pensiero: l'ufficio dell'Autorità è di far sì che nelle relazioni ciascun de' suoi si conformi a questo perfettissimo originale di ordine morale ideato dal Creatore ed effigiato nell'universo. Non è dunque l'Autorità libera disponitrice del giudizio e della volontà dei sudditi ad arbitrio dispotico, ma è governata ella stessa, da un modello di cui dee ricevere le forme per improntarle nei sudditi: e coloro che tanto straparano sull'assolutismo del potere riguardandolo essenzialmente come sbrigliato e dispotico, confondono evidentemente l'Autorità colla forza. Questa sì che per sè essenzialmente è sbrigliata quando non sia governata dal dritto: epperò chi dà alla forza il governo del morale si dà realmente in potere del vero e brutale assolutismo. Ma l'autorità, dovendo condurre, come dianzi è detto, per via di ragione i ragionevoli, tanto è lungi dell'assolutismo arbitrario, quanto è impossibile che la ragione sia libera al vero evidente ». S. THOMAS in Rom. 14. 14: « Non enim conscientia dictat aliquid esse faciendum vel vitandum, nisi quia credit, hoc esse contra vel secundum legem Dei. Non enim lex nobis applicatur, nisi mediante conscientia nostra. De Ver. 2. 17. Quodl. III. a. 2. 7.

drone ¹⁾. Il Tapparelli dopo averci parlato dell'autorità così conchiude : « Nella nostra teoria, poichè necessità di natura è l'ordine epperò la dipendenza sociale, l'uomo obbedisce non all'uomo, ma alla natura e al suo Autore. Verità filosofica questa, espressa dal divino Legislatore del Cristianesimo con quella sì concisa e sì profonda sentenza : *Chi ascolta voi, ascolta me, e chi disprezza voi, disprezza me* (Luc. X, 16). Sentenza che sublima lo stato del suddito a conversar coll'Altissimo, mentre assicura l'ordine sociale sulle basi dell'eterna sapienza e dell' Essere necessario ²⁾ ».

3. S. Tommaso considera la legge umana come derivata dalla legge naturale : « uno modo sicut *conclusiones ex principiis*, alio modo sicut *determinationes quaedam aliquorum communium* ³⁾ ».

L'ordine etico si rivela solo per se stesso ne' principi generali ; quanto alle conclusioni concrete, più sono spinte lontano, più diventano di difficile deduzione per la maggior parte degli uomini, che non ha tempo, nè attitudine a delle controversie teoretiche, di qui il bisogno di una legge positiva, quindi di un'autorità che determini e introduca queste conclusioni remote, ne obblighi i componenti la società a conformarvisi e renda così possibile l'unità sociale in armonia del benessere. Parimenti l'ordine etico racchiude molte disposizioni solo in germe, che abbisognano di schiarimenti ; l'autorità entra in scena, ne determina il contenuto, lo dichiara obbligatorio per tutti. Infine l'ordine etico possiede una sanzione efficace, quella d'oltre tomba ; ma la società ha dei fini che deve realizzare quaggiù sulla terra, di nuovo dunque s'impone un'autorità che faccia valere le leggi applicando all'uopo la forza contro i renitenti.

La legge naturale a sua volta vien concepita come una felice partecipazione della legge eterna nella creatura razionale ⁴⁾ ; nè vi ha legge che partecipi della *recta ratio* la quale non sia derivata dalla legge eterna ⁵⁾. La legge eterna poi è come la *ratio* direttiva del mondo nella mente divina ⁶⁾.

¹⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 96. a. 4 : « Ad primum ergo dicendum, quod, sicut Apost. dicit. Rom. 13 *omnis potestas humana a Deo est. et ideo qui potestati resistit in his quae ad potestatis ordinem pertinent, Dei ordinationi resistit*. Et secundum hoc efficitur reus quantum ad conscientiam ».

²⁾ TAPARELLI, *Diritto naturale*, vol. I, (Roma 1900) pag. 180.

³⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 95. a. 2.

⁴⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 91. a. 2 : « Lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura ».

⁵⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 93. a. 4 : « Unde omnes leges, inquantum participant de ratione recta, intantum derivantur a lege aeterna. Et propter hoc Augustinus dicit in I de lib. arb. (cap. 6 ad p. to. I.) quod in *temporali* lege nihil est justum, ac legitimum, quod non ex lege aeterna homines sibi derivaverint ».

⁶⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 91. a. 1. : « Et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens legis habet rationem ».

Ibid. q. 93. a. 1. : « lex aeterna nihil aliud est, quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum ».

La legge eterna è dunque il punto culminante dell'ordine ammirabile che si spiega a noi d'intorno, dove le singole parti trovano il loro compimento armonico: è come il Belvedere dal quale si contempla il panorama universale della creazione nella sua unità, ne' suoi rapporti del tutto colle parti, e delle parti col tutto. La legge eterna brilla nell'insegnamento tomistico come una rara gemma a confronto della quale non resiste nessun documento dell'antica o della moderna filosofia. Quella ammessa, tutta la creazione nelle leggi fisiche e nelle morali, si spiega facilmente; quella tolta, diventa la filosofia irta di spine, un enigma insolubile; per necessità si è spinti al panteismo o ad un naturalismo cieco e all'ateismo.

4. S. Tommaso si domanda poscia se le leggi umane possano essere cambiate ¹⁾ e la risposta ne è affermativa, sia perchè l'intelletto essendo perfettibile può coll'andar del tempo trovare delle leggi migliori; sia perchè la condizione degli uomini è suscettibile di mutamenti, e le leggi, per conformarsi alle nuove esigenze, non devono essere immutabili.

Alla questione: se le leggi debbano sempre cambiarsi allorchè vien fatto di scoprire qualche cosa di migliore, risponde nei termini seguenti: *numquam debet mutari lex humana, nisi ex alia parte tantum recompensetur communi saluti, quantum ex ista parte derogatur.*

Quod quidem contingit *vel* ex hoc quod aliqua maxima, et evidentissima utilitas ex novo statuto provenit: *vel* ex eo quod est maxima necessitas, ex eo quod lex consueta aut manifestam iniquitatem continet, aut ejus observatio est plurimum nociva ²⁾ ».

Come bello, espressivo, ripieno di sapienza torna qui l'insegnamento antico ma sempre nuovo, antico ma sempre scientifico, non mai ricordato abbastanza e abbastanza inculcato. Quante volte, specie ai dì nostri si foggiano delle leggi che, pur essendo sotto l'usbergo del suffragio universale, sono la negazione del benessere sociale, il despotismo e la tiranide di una debole minoranza, più premurosa del proprio che dell'interesse comune.

Si faccia appello alla maestà della legge, se ne invochi la legalità: essa ha dei limiti.

5. Da ultimo S. Tommaso riassume il concetto in quel quadro am-

¹⁾ *Sum theol.* 1. 2. q. 97, a. 1: « lex humana est quoddam dictamen rationis quo diriguntur humani actus. Et secundum hoc duplex causa potest esse, quod lex humana juste mutetur: Una quidem ex parte rationis: Alia vero ex parte hominum, quorum actus lege regulantur. Ex parte quidem rationis, quia humanae rationi naturale esse videtur, ut gradatim ab imperfecto ad perfectum perveniat... Ex parte vero hominum, quorum actus lege regulantur, lex recte mutari potest propter mutationem conditionum hominum, quibus secundum eorum conditiones diversa expediunt ».

²⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 97. a. 2.

mirabile non mai studiato abbastanza, nè abbastanza tesoreggiato, che caratterizza l'insegnamento filosofico cristiano: « *leges positae humanitus vel sunt justae, vel injustae. Si quidem justae sunt, habent vim obligandi in foro conscientiae* a lege aeterna, a qua derivantur, secundum illud Prov. 8. *Per me reges regnant, et legum conditores justa decernunt*. Dicuntur autem leges justae et ex *fine*, quando scilicet ordinantur ad bonum commune; et ex *auctore*, quando scilicet secundum aequalitatem proportionis imponuntur subditis onera in ordinem ad bonum commune. Cum enim unus homo sit pars multitudinis, quilibet homo hoc ipsum quod est, et quaelibet pars id quod est, est totius; unde et natura aliquod detrimentum infert parti, ut salvet totum. Et secundum hoc leges hujusmodi onera proportionabiliter inferentes justae sunt, et obligant in foro conscientiae, et sunt leges legales.

Injustae autem sunt leges *dupliciter*. *Uno modo* per contrarietatem ad bonum humanum e contrario praedictis: Vel ex *fine* sicut cum aliquis praesidens leges imponit onerosas subditis, non pertinentes ad utilitatem communem sed magis ad propriam cupiditatem, vel gloriam: Vel etiam ex *auctore*, sicut cum aliquis legem fert ultra sibi commissam potestatem: Vel etiam ex *forma*, puta cum inaequaliter onera multitudini dispensantur, etiamsi ordinentur ad bonum commune. Et hujusmodi magis sunt violentiae, quam leges: quia, sicut August. dicit in l. I de lib. arb. (cap. 5, parum a princ. tom. I) *lex esse non videtur, quae justa non fuerit. Unde tales leges non obligant in foro conscientiae, nisi forte propter vitandum scandalum, velurbationem*: propter quod etiam homo juri suo debet cedere, secundum illud Matth. 5. *Qui angariaverit te mille passus, vade cum eo alia duo: et qui abstulerit tibi tunicam, da ei et pallium*. *Alio modo* leges possunt esse injustae per contrarietatem ad bonum divinum: sicut leges tyrannorum inducentes ad idololatriam, vel ad quodcumque aliud, quod sit contra legem divinam. *Et tales leges nullo modo licet observare*: quia, sicut dicitur Act. 4, obedire oportet Deo magis, quam hominibus ¹⁾.

L'uomo non è perfetto, può errare, emettere una legge che abbia solo l'apparenza di legge, che cioè sia in opposizione manifesta colla legge divina e manchi pertanto di un contenuto obbligatorio come risulta evidente anche dalla stessa analisi del concetto di legge. Invero, la legge, presa nel suo più ampio significato, non è altro che un ordine razionale pel benessere della società, da quegli promulgata, cui venne affidato la cura dell'ente sociale ²⁾, un'esigenza cioè della ragione; quindi

¹⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 96. a. 4.

²⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 90. a. 4: « (Lex) quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata ».

non il beneplacito del sovrano, ma quello solo che alla ragione s'addice potrà costituire il contenuto della legge ¹⁾).

Ma se nella confezione di una legge la ragione del superiore occupa il primo posto, sarebbe un'offesa alla sua dignità come alla sua ragione bandire dei precetti a quelle poco consoni, e un'offesa pei sudditi l'obbedirvi.

In quella guisa che il benessere dell'individuo e il suo fine ultimo devon servirgli di norma nell'operare, così una legge dev'essere una vera norma dell'attività sociale quando essa ha per misura il bene generale della società.

6. Se talvolta, osserva S. Tommaso, per evitare uno scandalo o un perturbamento pubblico, siam tenuti a ubbidire a delle leggi ingiuste, è dovere sacrosanto quello di resistere sempre a delle leggi immorali.

Poteva Erode comandare legalmente la strage degli Innocenti, Nerone e gli altri imperatori, nemici del Cristianesimo, porre ai cristiani l'alternativa dell'idolatria o della morte, mai farne un obbligo vero; che anzi, era dovere di coscienza per le madri il resistere al truce comando, dovere pei martiri lo scegliere la morte piuttosto che venir meno alla loro fede ²⁾. Quando una legge contraddice all'ordine etico, quando non pone questo per base, essa al dir di S. Tommaso, cessa dall'essere una vera legge. Come ciò avvenga, è facile capirlo se si pensi alla nozione che seco porta la legge, da una parte cioè alla forza obbligatoria, dall'altra al fine precipuo che la legge si propone. Di fatti quella legge che non induce un dovere nell'individuo, al quale si dirige, non può essere una vera legge, perchè manca di un suo elemento costitutivo. Ma questo avviene precisamente nel caso di una legge immorale, non potendosi valere dell'autorità morale se alla morale contrasta, nè assorgere alla legge divina se a quella ripugna.

Sarebbe una contraddizione flagrante coll'essenza divina, un'offesa grave alla infinita sua santità e sapienza il pretendere che la creatura sia moralmente obbligata a compiere un'azione da Essa proibita ³⁾.

¹⁾ *Sum. theol.* 1. 2. q. 90. a. 1 ad 3: « ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata: Et hoc modo intelligitur, quod voluntas Principis habet vigorem legis: alioquin voluntas Principis magis esset iniquitas, quam lex ».

²⁾ *Ibid.* q. 96. a. 4. ad 2: « Ad secundum dicendum, quod ratio illa procedit de legibus humanis, quae ordinantur contra Dei nandum: et ad hoc ordo potestatis non se extendit: unde in talibus legi humanae non est parendum ».

³⁾ A. LEHMKUBL, *Der Gehorsam* l. c. pag. 314: « Eine jede Pflicht, auch eine Rechtspflicht, ist ein Band, der sittlichen Ordnung angehörig, ein Band dem Gewissen und Gott gegenüber. Sobald also aus irgend welchem Grunde bei einem Gesetze die Annahme eines solchen Bandes dem Gewissen und Gott gegenüber auf inneren Widerspruch stösst, entbehrt auch die Annahme irgend welcher Verpflichtung dem Gesetze als solchem gegenüber jedes inneren Haltes ».

Se il precetto arbitrario e fallace dell'autorità creata, se il comando che prescrive degli atti immorali potesse conseguire valore oggettivo, comprometterebbe la legge morale, Dio medesimo.

Non alla volontà di qualsiasi uomo siam tenuti a chinare la fronte bensì a quelli che davvero ha il potere di comandare, e nella misura solo che può indurre un dovere nel foro della coscienza. Ma che cos'è l'obbligazione?

7. Si consulti la coscienza; essa di primo tratto ci rivela da una parte la nozione del dovere, ogni qualvolta siamo in presenza di cose per sè stesse buone o cattive, che ci si manifestano come prescritte o proibite; dall'altra ci rivela il comando proveniente da una potenza contro della quale non lice andare, perchè, se l'uomo può dichiararsi indipendente da tutte le autorità umane, occultarsi nei più remoti secreti, non può tuttavia sfuggire alla voce della coscienza che gli dice in tono assoluto « questo devi, questo non devi fare »; gli fa sentire con ciò un legislatore che non vede, ma che gli si rivela dappertutto, il cui occhio scrutatore non gli sfugge, ma gli si palesa giudice inesorabile. Mediante questa voce interna concepisce l'uomo come una necessità il conformarsi all'ordine teleologico che compenetra il tutto e le parti, come una necessità lo scegliere la libera sottomissione al comando della coscienza, o il « non *serviam* » con tutte le conseguenze per il tempo e per l'eternità.

Dalla nozione di ciò che è prescritto o proibito in sè stesso venendo al concetto di quello che, solo mediante il legislatore s'erge alla dignità di dovere, troveremo una seconda fonte dell'obbligazione, identica alla prima per la natura e la base ultima, giacchè è impossibile concepire una legge veramente obbligatoria senza un dovere di coscienza; ed il dovere poggia in ultima analisi in Dio ¹⁾.

In altre parole, Dio vuole la società; ma vuole pure l'ordine; dunque necessità per le leggi di conformarsi al *justum* oggettivo, cioè a dire, all'ordine etico. La società è necessaria; necessaria sarà l'autorità politica, necessaria l'obbedienza da parte dei sudditi.

8. L'insegnamento dell'Aquinate è pure confermato nel Vecchio Testamento là dove dice che l'autorità politica viene da Dio, « *Per me reges regnant, et legum conditores justa decernunt. Per me principes imperant et potentes decernunt justitiam* » (Proverb. 8, 15-16), « *Quoniam data est a Domino potestas vobis, et virtus ab Altissimo* » (Sap. 6, 4); che si dee ubbidire al sovrano perchè ministro di Dio sulla terra, « *Time Dominum, fili mi, et regem* » (Prov. 24, 21); che però con-

¹⁾ Molto bene nota il *Lehmkuhl* (l. c., p. 407) che lo Stato « kann weder das Gewissen des Einzelnen decken, noch die Schuldigen vor der ewigen Gerechtigkeit beschützen ».

vien prima ubbidire a Dio che ai principi, « *Parati sumus mori, magis quam patrias Dei leges praevaricari* » (II Machab. 7, 2), « *Non obedio praecepto regis, sed praecepto legis, quae data est nobis per Moysen* » (l. c. 30). Il Nuovo Testamento consacra questo stesso modo di vedere: « *Dicit ergo ei Pilatus: Mihi non loqueris? nescis quia potestatem habeo crucifigere te, et potestatem habeo dimittere te? Respondit Iesus: Non haberes potestatem adversum me ullam, nisi tibi datum esset de super* » (Ioan. 19, 10-11); « *Subiecti igitur estote omni humanae creaturae propter Deum; sive regi; quasi praecellenti* » (I. Petr. 2, 13); « *Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit: non est enim potestas, nisi a Deo; quae autem sunt, a Deo ordinata sunt. Itaque qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit. Qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt: Nam principes non sunt timore boni operis, sed mali. Vis autem non timere potestatem? Bonum fac, et habebis laudem ex illa: Dei enim minister est tibi in bonum. Si autem malum feceris, time: non enim sine causa gladium portat; Dei enim minister est, vindex in iram ei qui malum agit. Ideo necessitate subditi estote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam. Ideo enim et tributa praestatis, ministri enim Dei sunt, in hoc ipsum servientes. Reddite ergo omnibus debita: cui tributum, tributum; cui rectigal, rectigal; cui timorem, timorem; cui honorem, honorem* » (ep. 1, ad Rom. 13, 1-7).

Chiaro risulta da questi testi il dovere di ubbidire all'autorità politica, e non un dovere qualsiasi, ma un dovere di coscienza, perchè l'autorità viene da Dio; è ministro di Dio sulla terra; chiaro è parimenti che l'obbedienza da parte dei sudditi non può essere un'obbedienza assoluta, illimitata.

Infatti, dal momento che l'autorità proviene da Dio, è essa stessa soggetta a Dio, nè può comandare ciò che Dio proibisce. Chi resiste all'autorità resiste a Dio, chi a quella obbedisce, obbedisce a Dio; dunque l'autorità medesima è a Dio subordinata.

Precisamente perchè l'autorità rappresenta Dio, ha diritto di comandare; ogni qualvolta a Dio contraddice, cessa da una parte questo diritto, dall'altra cessa l'obbligo di ubbidire ¹⁾.

Tale fu pure l'insegnamento dei primi difensori del cristianesimo ²⁾.

Che da quest'epoca in poi non seguissero i cattolici altra via che quella tracciata dai Padri della Chiesa, dal dritto canonico e, in modo speciale, da S. Tommaso, troppo è manifesto perchè occorra qui dimo-

¹⁾ Cfr. TH. MEYER, *Grundsätze*, l. c. pag. 91, ss.

²⁾ IRENEO, *advers. haer.*, lib. 5 cap. 24; POLICARPUS presso *Euseb. hist. eccl.* lib. 4. c. 15; Cfr. PH. HERGENRÖTHER, *Gehorsam gegen die weltliche Obrigkeit und dessen Grenzen* (Freiburg i. B. 1877) p. 12. ss.

strarlo; ci basti ricordare i nomi di Dominicus Soto O. Pr. (1494-1560) ¹⁾, Alb. Bolognetti (1538-1585) ²⁾, Lud. Molina († 1601) ³⁾, Dom. Bannez ⁴⁾, Franc. Suarez (1548-1617) ⁵⁾, Leon. Lessius († 1623) ⁶⁾, Cardinale De Lugo ⁷⁾, Ign. Schwarz ⁸⁾.

Oggi ancora i giuristi che seriamente s'occupano della scienza giuridica prendono a guida delle loro investigazioni i principii tomistici che sono di una rara bellezza e precisione; nè ci fa meraviglia quando il Balmes, dopo uno studio maturo, ci dice che negli scritti di S. Tommaso concernenti la legge e la giustizia dōmina, da capo a fondo, una così grande solidità di principii, un'elevatezza di concetti e una coscienza così vasta del fine sociale da ottenere un posto onorevole tra le migliori opere moderne sulla legislazione ⁹⁾.

9. Fra questa e la dottrina kantiana v'ha un abisso: Per S. Tommaso l'autorità politica rivendica la sua origine da Dio; quindi, solo nei limiti del giusto e dell'onesto conseguirà una forza vera, e non legalità solo, ma moralità; Kant per lo contrario, pone il potere politico nella volontà umana, che ha sè medesima per norma.

Non solo lo Stato dee cercare la protezione giuridica dei cittadini, s'è ancora il benessere generale in armonia però sempre — soggiunge l'Angelico — col fine trascendentale che Dio assegnò all'uomo; il filosofo di Königsberga stima invece che il fine proprio dello Stato sia quello di ottenere la mutua coesistenza della libertà di tutti, impedire per ciò stesso tutte quelle azioni, e quelle sole, che potessero compromettere il coesistere dell'eguale libertà di tutti gli altri; la libertà è fine in sè stessa.

Quegli ammette come assioma che l'autorità esterna, sia divina, o umana, può in generale indurre un dovere nel foro della coscienza; questi nega il detto postulato e va fino ad asserire che la legislazione esterna può benissimo andar contro l'ordine etico. La scolastica parte dall'idea che ogni potestà viene da Dio, che Dio solo può partecipare ad altri questo suo potere, vuoi mediante, vuoi senza il libero concorso della nazione; Kant invece presta omaggio al principio della sovranità popolare.

1) *De justitia et jure*, libri VII, (Salam. 1556).

2) *De lege, jure et aequitate*. 1584.

3) *Tractatus de justitia et jure tract. I*, disp. 4.

4) *Decisiones de jure et justitia*.

5) *Tractatus de legibus et Deo legislatore* (Lissabon. 1611).

6) *De justitia et jure ceterisque virtutibus cardin.* libri IV. 1605.

7) *De justitia et jure*, 1605.

8) *Institutiones juris publici universalis, naturae et gentium* 1743.

Cfr. V. CATHREIN, *Recht.*, etc. I. c. pag. 118.

9) BALMES, *Protestantesimo comparato al cattolicesimo* vol. III, cap. 71.

Cfr. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, I. pag. 38.

L'uno riconosce come unico titolo di legittimazione dell'autorità pubblica una manifestazione diretta o indiretta della volontà divina, originaria o posteriore; l'altro, di rincontro, va là terra terra; non allude punto a un motivo trascendentale; del resto sarebbe difficile l'assorgere fino a Dio mentre appunto si vuol emancipare la ragione dal sommo Legislatore, e non si vuol vedere altro nell'autorità che una guardia di pubblica sicurezza.

Kant dimentica che lo Stato non è la mera conglomerazione disordinata d'individui e di famiglie, bensì, come lo vuole la scolastica, un tutto armonico e morale, ossia una persona dotata di un essere proprio, come di un fine proprio. Ora, come immaginare un essere che cerca la conservazione solo e non ancora il proprio sviluppo, il proprio perfezionamento? No, l'individuo come lo Stato tende e si sforza di conseguire la felicità, che non può consistere solo nella mera protezione giuridica, nel controllare la legalità delle azioni esterne, ma dee abbracciare eziandio il benessere generale, come anche i beni dello spirito, la formazione e la cultura intellettuale e, anzi tutto il conseguimento dell'onestà e della moralità.

La legittimazione del potere politico nel senso degli scolastici, è suscettibile di essere applicato a qualsivoglia forma di governo purchè abbia le condizioni volute, mentre il concetto kantiano, preso nel senso ristretto, implica logicamente un carattere democratico come condizione di legittimità. Questo in breve il dualismo profondo, irriducibile che divide S. Tommaso dal Filosofo di Königsberga: la concezione dell'uno, venne attinta al cristianesimo, fu a un tempo di risorgimento e di reazione contro l'idea despotica dei Cesari; reazione che era chiamata a servir di base e d'orientamento a ogni nazione civile, veramente compresa della sua missione e del suo fine; la concezione dell'altro pare invece si sia proposta un'opera di distruzione nella scienza in generale e nella giuridica in particolare, opera tanto più funesta in quanto che emancipava l'uomo da tutto ciò che supera l'umana ragione.

La concezione di S. Tommaso è come il faro che guida sicuro il destino delle nazioni, che concilia mirabilmente l'autorità da una parte, l'obbedienza dall'altra; la concezione di Kant si presta di rincontro a tutto fuorchè a un regime logico, coscienzioso del suo compito; da essa ha dedotto il moderno liberalismo il suo « *non serviam* ». Ivi autorità, qui anarchia; là l'uomo libero, qui l'uomo schiavo; civiltà da una parte, barbarie dall'altra; ivi pace, qui guerra; ivi cosmo, qui caos; là vita sociale, prosperità, qui morte sociale, tirannide, anarchia.

Teorie che vogliono le norme giuridiche osservate mediante la fisica coazione, fatta astrazione da ogni elemento etico.

1. Nel dritto, come nelle altre scienze prevale una corrente che pare abbia per compito di misurare il tutto con numeri, quantità e pesi. Suo programma è il principio di Darwin; evoluzione e selezione sono le potenze motrici della macchina sociale. Lo scopo precipuo ne è la forza, il massimo di forza possibile, che assicuri il massimo diritto ¹).

In sostanza — secondo questa scuola — l'ordine giuridico si riduce alla lotta per la vita, lotta che mira a far valere i proprii interessi; e così l'unico fine del dritto è quello di assicurare l'egoismo, unico fine dell'obbedienza da parte dei sudditi, la partecipazione al profitto che questi assicura. Come principali rappresentanti possiamo ricordare Hobbes, Spinoza, l'evoluzionismo e la scuola sociologico-positivista ²).

In tale innovamento merita Jhering una menzione speciale. Quest'eminente giurista è d'opinione che il fine produce il dritto, anzi è questo il motto che apre la sua opera: « Der Zweck im Recht ». Il fine del dritto, ben compreso, ossia il fine oggettivo, ci conduce direttamente alla nozione di ordine teleologico ³); tutto sta a vedere se tale

¹) Fra quelli che concepiscono la coazione come elemento costitutivo del diritto possiamo annoverare lo STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialist. Geschichtsauffassung* (1896) pag. 498: Il diritto, dic'egli, è « die ihrem Sinne nach unverletzbare Zwangsregelung menschlichen Zusammenlebens ». Del resto lo Stammler fonda la sua teoria del diritto sulla considerazione teleologica del fine e del mezzo, secondo la quale un'organizzazione giuridica è giusta o no, (« richtig oder unrichtig »), secondo che corrisponde al fine supremo. (cfr. Stammler, *die Lehre vom richtigen Recht*, (Berlin 1902). A. LASSON, l. c. p. 207: « Erst das mit dem Zwange bewehrte Gesetz ergibt den Begriff des Rechts. Was die in Zwange liegende Garantie nicht für sich hat, darf nicht Recht heissen »).

²) AHRENS esprime molto bene questo pensiero nei termini seguenti: « Den praktischen Abschluss dieser ganzen Anschauung hat zuletzt für das Leben und die Entwicklung der Naturwesen, Pflanzen und Thiere Darwin in seiner, von der grossen Masse der Naturforscher mit grossem Beifall aufgenommen, Theorie gegeben, wornach es keine qualitativ unterschiedene Typen von Gattungen und Arten gibt, die Verschiedenheit nur im « Kampfe um's Dasein » entspringt, in welchem die schwachen Individuen unterliegen, die stärkeren dann um so kräftiger sich fortbilden, durch natürliche und künstliche Züchtung sich umbilden und neue sogenannte Arten erzeugen... ». (*Naturrecht I* (Wien 1870) pag. 214-215.

³) TRENDLENBURG, l. c. p. 75: « Indem das Recht bald verbietet, um die der Erhaltung oder Verwirklichung des Sittlichen widersprechenden Thätigkeiten auszuschliessen, bald gebietet, um die nothwendigen Leistungen zu bestimmen, so hat das schützende, erhaltende Recht den umfassenden Zweck des sittlichen Ganzen und die darin gegründeten inneren Zwecke der Gliederung zu seinem Gegenstand und seinem Mass... ».

significato è pure quello dello Jhering. A noi non pare, anzi la forza, essa sola, si direbbe crei il diritto nella sua concezione.

Invero ci dirà che il dritto è un sistema di scopi sociali, assicurati dalla forza ¹⁾; che il dritto è la politica della forza; che non differisce da questa, che l'avere e il conservare la forza sociale coercitiva è una funzione vitale dello Stato ²⁾.

Questa concezione lo condurrà a dire che il dritto è il complesso delle norme coattive vigenti in uno Stato ³⁾.

Per una felice incoerenza sembra però alludere in più luoghi anche a un elemento etico, a rapporti che superano la mera forza, che solo l'ordine teleologico può spiegare.

Così, ci dirà che il dovere non è solo qualche cosa di meramente giuridico, ma ancora un concetto etico ⁴⁾.

Altrove continua: « Il dovere personale, mediante la determinazione dei rapporti sociali, rivela un carattere costante, che pone un limite all'autonomia dei partiti, e anche qui parliamo di doveri senza badare se, liberamente o no, si è entrati nel rapporto pattuito, come il marito; o per forza, come il tutore; lo stato doveroso non mutando per questo specie. Tutt'altro è la cosa quando chi s'obbliga determina il contenuto e il limite della propria obbligazione come nei contratti. In questo caso diciamo infatti che il contraente s'è « obbligato », che assunse l'« obbligazione », ma non chiamiamo questi, « doveri ». Solo col precetto che la legge gl'impone di mantenere la parola data, nasce in lui il dovere nel senso suddetto; ha l'« obbligo » di adempiere la promessa, l'obbligo

¹⁾ JHERING, *Zweck im Recht I* pag. 240: « Recht ist das System der durch Zwang gesicherte socialen Zwecke ». Pag. 246: « Leben des Stärkeren auf Kosten des Schwächeren, Vernichtung des letzteren in Conflict mit ersterem, das ist die Gestalt des Zusammenlebens in der Thierwelt - gesichertes Dasein auch des Schwächsten und Aermsten neben den Stärksten und Mächtigsten, das ist die Gestalt desselben in der Menschenwelt. Und doch hat der Mensch historisch keinen anderen Ausgangspunkt vorgefunden als das Thier ».

²⁾ Cfr. JHERING, l. c. pag. 255: « Das Recht ist die Politik der Gewalt » pag. 253: « Recht ist demnach nichts anders als der Niederschlag der Erfahrung in Bezug auf die richtige Verwendung der Gewalt ». Pag. 307: « Die Pflege des Rechts d. h. die Handhabung der socialen Zwangsgewalt ist die vitale Lebensfunction des Staates ».

³⁾ L. c. p. 318: « Die gangbare Definition lautet: Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen, und sie hat in meinen Augen vollkommen das Richtige getroffen ». Pag. 321: « Die Gewalt wird zum Recht, indem sie die Norm aus sich erzeugt ». Pag. 331: « Der Egoismus leitet die Gewalt in die Bahn des Rechts ». Pag. 251: « Recht ist in meinen Augen nur die ihres eigenen Vortheils und damit der Nothwendigkeit des Masses sich bewusst gewordener Gewalt, nicht also etwas seinem Wesen nach von letzterer Verschiedenes, sondern nur eine Erscheinungsform derselben ». Pag. 311 « Die Gewalt wird zum Recht, indem sie die Norm aus sich erzeugt ».

⁴⁾ *Zweck im Recht* p. 72: « Die Pflicht ist nicht bloss ein juristischer sondern auch ein moralischer Begriff ».

di pagare; la legge unisce all'atto della sua volontà quest'efficacia, senza la quale non può la società sussistere ¹⁾.

2. L'errore comune e fondamentale di queste teorie è quello di concepire la forza, la fisica coazione, come parte costitutiva, essenziale del diritto. L'espressione di legge obbligatoria, già per sè stessa, denota un superiore; non appena pensiamo a quella, appare spontaneo il rapporto che la unisce all'autorità legittima, al legislatore investito del potere di portare dei precetti e di obbligare i sudditi a osservarli sotto pena di punizione. Così quando si dice che il dritto è obbligatorio, in sostanza si viene a dire che l'autorità competente da cui emanano le leggi, è tenuta a minacciare i violatori con un castigo, e d'applicarlo nel caso che la trasgressione avesse luogo.

V'ha l'interesse, vi sono le passioni che spesse volte vorrebbero sottrarre l'uomo alla legge, persuaderne la violazione; qui è più che ragionevole la forza dalla parte del legislatore, che vuole rispettati i suoi ordini.

A poco varrebbe dettar delle leggi se ogn' un potesse a suo garbo calpestarle. La coazione raffrena gli uni, stimola gli altri, dà al diritto la sua caratteristica esterna ed è perciò ch'è colla legge vien pubblicato anche la rispettiva pena come sanzione ²⁾.

La legge è, per così dire, una norma giuridica, o meglio ancora, una regola generale obbligatoria che il superiore impone ai sudditi, che mira a ordinare l'attività degli stessi.

La forza invece o la così detta coazione fisica ha per fine la legge e il dovere rispetto all'osservanza materiale esterna; quindi sarebbe erroneo il pretendere che la forza sia un elemento costitutivo del dritto, se pure non si voglia ammettere che non v'ha dritto, non v'ha obbligazione ogni qual volta la forza fosse assente ³⁾.

¹⁾ L. c. pag. 469: « *Der Verbindlichkeit der Person eine durch die sociale Bestimmung des Verhältnisses gebotene feste Gestalt vorzeichnet, die der Autonomie der Partei Grenzen setzt (das jus publicum, quod pactis privatorum mutari non potest, der Römer), sprechen wir auch in diesen Verhältnissen von Pflichten, ohne auf den Umstand, ob Jemand freiwillig in das Verhältniss eingetreten ist, wie der Gatte, oder gezwungen, wie der Vormund, Gewicht zu legen, da derselbe für seine Pflichtstellung gleichgültig ist. Anders dagegen, wo der Verpflichtete Inhalt und Mass seiner Verpflichtung selber bestimmt, wie bei den Contracten. Von ihm sagen wir zwar, dass er sich « verpflichtet », dass er « Verpflichtungen übernehme » aber wir nennen letztere nicht « Pflichten ». Allein mit dem Gebot, welches das Gesetz an ihn richtet, sein Versprechen zu erfüllen, tritt auch an ihn die Pflicht im obigen Sinne heran, er hat die « Pflicht » zu erfüllen, zu zahlen; es ist das Gesetz, welches an seinen Willensakt diese Wirkung knüpft, ohne welche die Gesellschaft nicht bestehen kann ».*

²⁾ Cfr. V. CATHREIN, *Recht, naturr. u. p. R.* pag. 58, ss.

³⁾ Cfr. W. SCHNEIDER, l. c. pag. 42: « Aus der Entdeckung des 19 Jharhunderts, dass die Materie Gott ist, schreibt der Leipziger Rechtslehrer Sohn;

3. La forza segue, non precede il dovere, giacchè i sudditi sono moralmente tenuti a osservare la legge ancor prima che la coazione venga col suo pungolo a sollecitarne ed esigerne il compimento; solo quando il suddito ricalcitra dall'obbedirvi liberamente può l'autorità costringerlo per forza, perchè l'osservanza della legge è un'esigenza indispensabile all'ordine, alla vita e al benessere sociale. È troppo naturale e giusto che le leggi umane possano, all'uopo, servirsi della coazione che ne sancisca l'osservanza; noi sosteniamo solo che questa forza non spetta all'essenza della legge, ma ne è piuttosto una conseguenza finale. Ora, essendo l'ordine indispensabile all'esistenza e alla vita sociale, è chiaro che devon le leggi esser rispettate, applicando la forza quando il sentimento del dovere non basta.

Se tutti fossero ben compresi del dovere, pronti a osservare l'obbligo che la legge induce nella coscienza, inutile riuscirebbe la forza, perchè non vi sarebbe disobbedienza; ma poichè nella massa si trovano sempre quelli che calpestano volentieri la voce della coscienza, pur di fare il loro comodo, la forza pubblica s'impone, s'impone la coazione, perchè le leggi conseguano in ogni caso il loro fine di stabilire e conservare la pace, la tranquillità generale.

4. Nessuno vorrà negare che un sistema eccellente di poliziotti, una amministrazione giudiziaria coscienziosa, possa e debba corroborare la legge, ottenerle il massimo d'efficacia esterna; non bisogna tuttavia spingere le cose all'eccesso; per voler dare troppo importanza alla forza, ridurre la nozione genuina del dritto a un complesso di coazione, degradarla a un sistema di polizia e nulla più. Convien riconoscere che molti non hanno la coscienza elastica, ma rispettano la legge, per ciò stesso che comanda.

Se dunque nella maggior parte dei casi ottiene la legge il proprio scopo senza applicare la forza, ne risulta che questa non è un elemento costitutivo, essenziale al dritto ¹⁾.

ist eine furchtbare Moral hervorgegangen: der Kampf ums dasein ist das Weltgesetz und zugleich das Entwicklungsgesetz. Wer übrig bleibt im Kampfe ums Dasein, der hat recht gehabt. Macht ist Recht... Der Egoismus welcher in dem Kampfe um das Dasein jedem Einzelnen die Kraft giebt, ist das allein berechtigte Prinzip, und die irdische Glückseligkeit das einzige Ziel des Menschen. Diese Moral ist der Punkt, wo der Materialismus und der Atheismus populär wird. Hier pakt er die Volksmassen an ihren mächtigsten Instinkten. Schon hören wir die Arbeiter *Marseillaise* mit ihrem Refrain: wir wollen auf Erden glücklich sein und wollen nicht mehr darben. In diesem Evangelium aber liegt die Kraft der Bewegung des vierten Standes gegen uns. Werden wir der Revolution des vierten Standes gegenüber widerstandsfähig sein?»

¹⁾ Cfr. G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates* (Berlin 1900) p. 173: «Zudem wird von den Anhängern dieser Lehre durchhaus verkannt, dass herrschende Gewalt überall überwiegend psychologischer, nicht physischer Natur ist, was ja schon daraus erhellt, dass in der Regel eine kleine Minderheit über

La forza stessa nello Stato, non è qualche cosa di abbandonato a sè medesimo, ma è ordinata da una legge apposita, che ne determina le competenze e l'applicazione. Se così stanno le cose, se la forza soggiace a delle norme giuridiche, forma l'oggetto di uno statuto legislativo a parte, non è certo a un tempo, oggetto e parte essenziale della norma.

Per necessità il dritto preesiste alla forza; sarebbe illogico, erroneo, supporre il contrario.

Non è concepibile la forza avente per missione di far rispettare una legge senza che prima la legge esista, sulla quale e per la quale la forza trovi la sua ragione d'essere.

5. Supponiamo per un momento che la forza sia il diritto; in Russia dove regna più o meno in questo momento la rivoluzione e l'anarchia, ognuno avrebbe — come si dice — carta bianca; potrebbe commettere tutte le violazioni immaginabili per il puro motivo che la forza pubblica è divenuta impotente a contenere la sommossa, a far sì che le leggi siano da tutti rispettate; che anzi, perfino in tempo di pace, molti potrebbero impunemente calpestare quanto havvi di più sacro, calpestare dei dritti universalmente riconosciuti per la futile ragione che il legislatore non ha loro consacrato uno straccio di paragrafo nel codice penale o civile, per il motivo che non ha per anco posto una sentinella, ben armata e protetta, che vegli e n'esiga il rispetto.

La forza corrobora il dritto, fa sì che l'azione esterna sia conforme alla legge, non entra per nulla nella costituzione di quella. All'ordine giuridico stesso è connessa l'autorità di costringere all'osservanza delle sue leggi. Infatti, non perchè un diritto vien calpestato, impunemente forse, desiste dall'essere e dal restare un diritto, come pure non cessa dall'avere un vero dritto sulla propria roba, un dritto alla vita, all'integrità corporale, quegli che è derubato, o è vittima dell'assassino e così via.

Il trattamento bestiale che i Romani infliggevano agli schiavi costituiva la violazione di un diritto vero, esistente, sebbene il *jus romanum* non venisse loro in aiuto. Il sangue loro grida vendetta davanti a Dio, non meno che il sangue del cittadino romano, il cui assassinio era previsto dalle leggi e severamente punito ¹⁾. Può la forza deprimere il dritto,

eine Mehrheit herrscht. Dieselbe Macht, welche die britische Herrschaft in Indien sichert, wäre nicht im Stande, ein kleines germanisches Volk, das vorübergehend unterjocht ist, im Zaume zu halten. Daher sind staatliche und sociale Abhängigkeitsverhältnisse in erster Linie bedingt durch die geistige und ethische Ausstattung der Herrscher und der Beherrschten. Die praktische Konsequenzen der Machtlehre bestehen nicht in der Begründung, sondern in der Zerstörung des Staates ».

¹⁾ LIESKER l. c. p. 34: « Das Recht bleibt fortbestehen, ob es dem Zwange gelingt, es zu schützen oder nicht ».

mai capovolgerlo ; piega sotto l'incubo della violenza e della necessità, non cessa però di essere e di protestare.

6. Se prendiamo il dritto soggettivo per rispetto alla giustizia legale, esso esclude a sua volta la potenza coattiva come parte integrante. Diceremo più sopra che la società è un'istituzione connaturale all'uomo, ma che non può sussistere senza un regime di ordine generale, senza un'autorità che non solo porti delle leggi, ma abbia ancora i mezzi coercitivi per farle rispettare da parte di tutti, anche loro malgrado ; nondimeno questa competenza coattiva non costituisce punto la caratteristica dell'autorità. Basta esser ragionevoli e liberi per capire che se la società è un'esigenza naturale, siamo tenuti in coscienza a ubbidire alle leggi che ne la rendono possibile, a rispettare l'autorità, abbia o no i gendarmi da metterci alle spalle. Del resto può la stessa autorità, anche astraendo da qualsiasi mezzo coercitivo, comandare ed esigerne l'obbedienza. Sarebbe certo deplorabile se dall'uomo non si potesse più ottenere, senza una minaccia sospesa, neppur ciò che per la sua ragionevolezza balza tosto agli occhi. Se così fosse si potrebbe certo domandarci se in noi v'è una coscienza, o se non vi sia che un impulso meccanico, e un istinto bestiale ¹⁾.

La facoltà coercitiva non sembra egualmente una parte intrinseca del dritto nel suo significato di giustizia distributiva. Supponiamo che l'autorità non fosse imparziale nel distribuire i beni e gli oneri fra i sudditi, avuto riguardo al merito e alla facoltà, e violasse invece il loro dritto ; in questo caso, dal fatto che i sudditi non possono insorgere contro l'autorità, senza sconvolgere l'ordine sociale, dal fatto che non hanno la forza per far valere i loro diritti di fronte allo Stato, non segue punto la perdita di detti dritti, altrimenti un governo dispotico potrebbe abusare in modo barbaro dei sudditi per il mero pretesto che non hanno dei dritti in faccia dello Stato.

Se dunque il cittadino, pur essendo sprovvisto di una forza coattiva ha dei dritti al di sopra dello Stato, dritti che questi non può mettere in non cale senza violare la giustizia distributiva, è segno troppo manifesto che la facoltà coercitiva non è un elemento essenziale del dritto.

¹⁾ AHRENS, l. c., I. p. 219 : « Wird die Macht als Recht eingesetzt, so hört die sittliche Ordnung auf, und an ihre Stelle tritt eine mechanische Naturordnung, in welcher, nach dem allgemeinen Attractions- und Gravitationsgesetze, auch die kleineren politischen Köpfe von dem grösseren stärker angezogen und unter bestimmten Verhältnissen annectirt werden. Nur im Sittlichen liegt eine letzte Schranke. Jeder Starke, findet jedoch in der Recht seinen Stärkeren und bricht oft in sich zusammen.

Napoleon hatte gemeint, dass Gott mit den « grossen Battaillonen » sei und endete auf Helena. Auch die modernen Militärmächte haben schliesslich ihr Schicksal von einer höheren Macht zu erwarten ».

Lo stesso dicasi del diritto subbiettivo preso nella terza accezione di giustizia commutativa, che ha per fine l'indipendenza e la libertà dei singoli membri nella possessione e nell'uso di ciò che loro spetta.

La natura medesima sembra talmente compresa del proprio diritto, e d'altra parte la facoltà coercitiva si manifesta così bene nell'istinto, che, qualora fossimo aggrediti, vorremmo noi stessi far valere il nostro dritto. Da ciò non segue però la facoltà di procedere senz'altro alle proprie difese altrimenti l'ordine diverrebbe un disordine; ma è necessario una forza pubblica, indipendente, mossa dalla giustizia, non dall'egoismo e dalle passioni, che, libera da ogni spirito di partito, appiani le difficoltà, usi della forza se occorre per ricondurre i contendenti, ciascuno nei limiti del suo diritto. Solo nel caso urgente, « servato moderamine inculpatæ tutelæ », la sicurezza pubblica esige che l'individuo possa di per sè stesso respingere l'attacco contro la vita e contro ai propri beni di fortuna.

7. La conseguenza è che la facoltà coercitiva non è una parte essenziale del dritto, ma solo — per così dire — un aiutante di campo; che la forza non compete a ognuno che possiede dei dritti, ma solo alla pubblica autorità, che ne usa all'uopo, ma che non può abusarne. Per erigere su basi sicure e incrollabili il materialismo uopo è prima dimostrare che il sentimento della forza corrisponda necessariamente al sentimento del diritto nella coscienza del più forte; che il sentimento della debolezza coincida nella coscienza del più debole col sentimento del dovere; ma tale prova non ci venne per anco data ¹⁾. Dunque han torto i nostri avversari di voler trarre dalla nozione della forza, la nozione giuridica; han torto di spacciarla come fattore primo del diritto e attribuirle un merito che, in realtà, non si merita; giacchè, se il dritto fosse un risultato della forza, cesserebbe dall'essere diritto, subito che la forza coattiva venisse meno; per lo contrario ogni legge barbara ed assurda sarebbe una vera legge qualora avesse dietro di sè un apparato di poliziotti, incaricati di farla rispettare. La forza non è quindi, come anche l'autorità coercitiva, un elemento essenziale del dritto ²⁾.

¹⁾ Cfr. G. JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, pag. 305-306: « Hunderfältige Erfahrung hat gelehrt dass dort, wo eine tiefeingewurzelte sociale oder gar religiöse Sitte in Widerstreit mit der Rechtsordnung steht, der Rechtswang ohnmächtig ist. Daher ist das Recht auch ausser Stande, sein eigenes Dasein zu behaupten. Derogirendes Gewohnheitsrecht, Obsoletwerden der Gesetze beweisen am klarsten, dass der Rechtswang unfähig ist, für sich allein das Recht zu garantiren... »

²⁾ Cfr. LIESKER, l. c., pag. 31: « Aus dem Gesagten leuchtet ein, dass das Verhältniss zwischen Zwang und Recht ein ganz anderes ist, als oft angenommen wird; die Zwangsbefugniss ist etwas aus dem konstituierten Rechte selbst

8. La forza non soddisfa punto lo spirito critico; lungi dal sciogliere il proplema giuridico, ne complica i dati; enigma, mistero sarà per essa il concetto obbligatorio ¹⁾.

La soluzione sarà invece filosofica e chiara, se nella forza obbligatoria distinguiamo due elementi, essenziale l'uno, ausiliare l'altro; quello etico e universale, questo esterno che presuppone il primo. Finchè si prende la coattività del dritto quale si trova, ossia, come proprietà morale, posta nell'essere intimo, e non come mera accidentalità fisica, v'ha di certo una relazione colla forza obbligatoria esterna; ma come concepita e richiesta nell'idea, punto come reale, necessariamente presupposta. Questo non significa altro se non una competenza morale, inerente al dritto per far valere le pretese legali, applicando la forza se occorre; nel caso non vi fosse la forza o la competenza necessaria e sufficiente tale situazione non comprometterebbe il caso giuridico, come una verità non cessa dall'essere verità perchè non riesce a farsi strada nell'opinione pubblica.

Se la forza fisica non è essenziale al diritto, ne è però un elemento complementare. L'ordine etico abbraccia molte disposizioni, che, difficilmente, specie da gente rozza, si potrebbero dedurre e applicare ai singoli casi particolari. I suoi precetti, di per sè, sono universali, indeterminati; richieggono l'applicazione in conformità dei tempi, dei luoghi e del benessere sociale in modo diretto e pratico, il che suppone l'intervento della legge positiva.

Come poi la cupidigia e l'incostanza degli uomini conduce alle volte questi a violare l'ordine, bisogna che non solo abbia l'autorità il potere di dettar leggi pel maggior bene della società in armonia sempre colla morale; ma esige ancora la forza per conservare l'ordine e la pace, infliggere delle pene ai violatori.

Il fine stesso del diritto, nei limiti del possibile e del razionale, esige

hervorgehendes, der Zwang etwas zum Rechte von aussen hinzukommendes; zum Wesen des Rechts gehört weder das eine noch das andere. Das Recht macht das Erzwingen, das an und für sich eine rein physische Thatsache ist, zu einer sittlich erlaubten Handlung, aber das physische Erzwingen vermag weder die Thatsache des Erzwingens noch den Genuss des Erzwingenen rechtmässig zu machen und ebensowenig vermacht es das Geringste zur Begründung der Rechtsbeschaffenheit eines Gesetzes beizutrage ».

¹⁾ Che la forza non sia elemento costitutivo del diritto prevale più e più fra i giuristi. LIESKER (l. c. pag. 36) dice infatti che questa dottrina, « deren Verwerfung lange Zeit als eine juristische Häresis empfunden wurde, darf ohne Zweifel die jetzt herrschende genannt werden » (op. cit. pag. 36); THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (1878) p. 7: « Der Zwang ist kein wesentlicher Bestandteil des Rechts. »; MERKEL, l. c. pag. 11: « Daher ist es nicht korrekt, wenn man das Recht als das Ganze der sozialen Zwangsnormen charakterisiert.

Auch würde das Recht als das Ganze nicht aufhören, Recht zu sein, wenn die Anwendung mechanischer Machtmittel zu Gunsten desselben allgemein überflüssig würde ».

che le leggi umane facciano uso della forza fisica per farsi rispettare. Invero l'ordine giuridico mira al conseguimento di un giusto ordine sociale che faciliti all'uomo il benessere spirituale e temporale; ma in pratica senza la coazione, calpesterebbero molti la voce della coscienza, rendendo impossibile ogni attuazione di detto ordine; di qui la necessità di una forza fisica che stimoli o freni, minacci o castighi.

Di questo ne fa pure fede la storia e l'esperienza di ogni giorno. Vediamo portarsi una legge; ma con essa la rispettiva pena da infliggersi a chi ne la viola.

Di tal guisa il fine medesimo che la legge si propone, fine eminentemente teleologico e necessario, qual'è quello di render possibile e di conservare l'ordine sociale, giustifica la coazione fisica ¹⁾.

Anzi appunto la necessità dell'ordine è base e misura del potere coercitivo, che cioè ne segna i limiti, ne determina le competenze. Dal momento che la coazione eccede la debita misura richiesta dal benessere individuale e sociale, cessa dall'essere giusta e morale, per assumere un carattere di despotismo e di tirannide.

¹⁾ TRENDELENBURG, *Logische Untersuchungen II* (3 Aufl.) 45 ff. « Nur mit Anerkennung des göttlichen Zwecke erhelte sich die Begründung des Rechts über die flache und wüste Vorstellung des physischen Macht ».

Difficoltà psicologiche.

1. Una norma *obbligante* la volontà presuppone il libero arbitrio. Il determinismo nega il libero arbitrio; pretende invece che tutti i nostri atti siano in relazione necessaria coi loro antecedenti.

A seconda della natura di detti antecedenti che determinerebbero irresistibilmente le nostre volizioni s'avrà il determinismo psicologico, fisiologico o meccanico. Il primo sostiene che la volontà segue sempre e per necessità il motivo più potente, ossia il maggior bene; assimila il secondo le volizioni libere a degli atti riflessi. Il determinismo meccanico concepisce da ultimo la volontà come una forza materiale sottomessa, come tutte le altre, alle leggi fatali della meccanica.

Fin nella più remota antichità troviamo delle tracce di determinismo; così nella scuola stoica, ad es., da molti si segue il fatalismo.

Più tardi nel secolo XVI i corifei della Riforma insegnano che la libertà primitiva dell'uomo fu guasta dal peccato originale, e questo venne denominato il *Fatalismo* teologico. A sua volta il Materialismo, che non riconosce nella natura altre forze che quelle della materia¹⁾, come pure il Panteismo, prestano omaggio implicitamente, o ex professo, al determinismo.

Nell'epoca moderna poi s'ingegna il *Positivismo*²⁾ e il Naturalismo

¹⁾ Cfr. BÜCHNER, *Kraft und Stoff* (5. Aufl.) p. 236 ss.: « Ein freier Wille, eine Willensthat, die unabhängig wäre von der Summe der Einflüsse, die in jedem einzelnen Augenblicke den Menschen bestimmen... besteht nicht.

²⁾ I. STUART MILL, *System of Logic ratiōative and inductive* (Silver Library New York and Bombay 1900), B. VI. ch. II, § 1. p. 547: « The question whether the law of causality applies in the same strict sense to human actions as to other phenomena, is the celebrated controversy concerning the freedom of the will, which, from at least as far back as the time of Pelagius, has divided both the philosophical and the religious world. The affirmative opinion is commonly human volitions and actions to be necessary and inevitable. The negative maintains that the will is not determined, like other phenomena, by antecedents, but determines itself; that our volitions are not, properly speaking, the effects of causes, or at least have no causes which they uniformly and implicitly obey. I have already made it sufficiently apparent that which I consider the true one ». Cfr. A. BAIN, *Hist. of the free-will controversy* (Mental and Moral science 1883, 406).

E. ADICKES scrive pure che ogni azione umana « ist eine notwendige Resultante aus dem Wesen des Handelnden und aus den äusseren Umständen, in denen er sich befindet... Bei demselben Wesen und unter denselben Umständen hätte also keine andere Handlung geschehen können als die, welche wirklich geschehen ist, einerlei, ob es sich um unsittliche oder indifferente Handlungen, ob es sich um einen Totschlag oder um ein Linksum oder Rechtsum handelt... » (*Zeitschrift für Philosophie und phil. Kritik* CXVI. 34).

darwiniano di farla finita col vecchio pregiudizio della libertà psicologica: contro questa insorge pure il Pessimismo ¹⁾.

2. Non occorre qui entrare in lunghe discussioni per dimostrare quello che la filosofia ha provato in ogni tempo come verità fondamentale, nel campo morale e nel campo scientifico. Vediamo dapprima quale sia la nozione di libertà ²⁾.

Atto libero è quello che non è prodotto dalla violenza esterna, nè adeguatamente determinato da altri antecedenti, ma dalla volontà, sollecitata questa dalla vista di un bene che l'intelletto le presenta; e così l'atto libero resta influenzato da questo bene che però non determina la volontà, ma le lascia libero il determinarsi a volere o non volere.

San Tommaso denota l'assenza di necessità che caratterizza l'atto libero sotto tre aspetti diversi: « Quum voluntas dicatur libera, in quantum necessitatem non habet, libertas voluntatis in tribus considerabitur: scilicet quantum ad *actum*, in quantum potest velle et non velle; et quantum ad *obiectum*, in quantum potest velle hoc vel illud et eius oppositum; et quantum ad *ordinem finis*, in quantum potest velle bonum vel malum ». (De veritate q. 22. a 6).

Se prendiamo a consultare la coscienza, manifesta questa a ognuno e in termini non equivoci che vi sono degli atti che dipendono esclusivamente dalla nostra volontà, degli atti che, senza cambiare le condizioni antecedenti, possiamo volere o non volere, scegliere tra l'uno e l'altro bene, o tra il bene e il male ³⁾.

Così, pur restando le condizioni antecedenti immutate, sentiamo e vediamo di primo tratto che da noi dipende il far la carità a un poverello che va chiedendoci l'elemosina, o il non fargliela, che siamo liberi

¹⁾ E. v. HARTMANN, *Philosophie des Unbewussten* (6 Aufl.) p. 322: « da (Freiheit), wie jede andere Naturerscheinung, unter dem Gesetze der Causalität steht und aus dem angeblich gegebenen geistigen Zustande des Menschen und den auf ihn wirkenden Motiven mit Nothwendigkeit folgt ».

²⁾ L'elemento essenziale della libertà è quella attività nel volere per la quale quest'ultimo può incominciare, proseguire od interrompere il suo operare quantunque esso sia reso possibile e non necessario da tutte le condizioni occorrenti all'operazione dinodochè il risultato si deve aspettare *a posteriori*.

Cfr. A. SEITZ, *Willensfreiheit und moderner psychologischer Determinismus* (Köln 1903) pag. 11.

³⁾ Il determinismo sottrae allo spirito umano il timone — la volontà libera — facendolo così girare automaticamente.

L'attività *libera* dello spirito si mostra in questo che lo spirito agente, mediante la sua *libera* determinazione, può venire in aiuto dei motivi più deboli contro i più forti, e anche decidere tra motivi equivalenti,

La volontà segue sempre un motivo, ma rimane libera di decidersi fra motivi diversi e talora opposti.

Dopo la decisione definitiva della volontà è possibile — naturalmente — battere solo la via *scelta*: è falso però che in precedenza sia fissata *quella sola* via. Il determinista, giudicando la forza dei motivi, anticipa semplicemente il

di sovvenire la miseria, o, collo stesso denaro, procurarci un piacere; che possiamo infine impiegare questo denaro in una soddisfazione lecita o illecita, morale o immorale ¹⁾).

3. Dappertutto, in tutti i tempi troviamo delle ricompense e delle pene, vale a dire che la società ci riconosce come *responsabili* degli atti che umanamente poniamo; del resto, noi per i primi sentiamo che certi atti ci sono *imputabili* per il motivo che noi, di nostra *spontanea volontà*, li abbiām voluti. Come pure la soddisfazione o i rimorsi che sentiamo in noi medesimi dopo aver compiuto un'azione buona o cattiva, sono un segno evidente che siamo liberi nella scelta e nell'operare, e per ciò stesso responsabili. La libertà, è la condizione essenziale per la responsabilità ²⁾; se non sono libero di scegliere il bene, ma fatalmente, ciecamente, son portato al male, è ingiusto il giudice che mi punisce, ingiusta la società che mi vuole responsabile lorchè infrango l'ordine sociale ³⁾).

Del resto inutile sarebbe l'ammonire, inutile le minacce e i castighi se la libertà non esistesse, se sono i motivi che determinano il « voglio » e non l'uomo; se questo non guida, ma è guidato.

risultato della decisione, dicendo che il motivo più forte è il motivo vincente, mentre si tratta di sapere, se *prima* della decisione la libera volontà abbia dato la preponderanza al motivo, o se il solo meccanismo delle intuizioni abbia determinato il volere.

Il determinismo personifica i motivi quasi fossero potenze indipendenti, che incontrandosi nella nostra coscienza la determinano automaticamente, e la soggiogano come le idee fisse d'un psicopatico. Lo spirito — sempre secondo lui — vien diretto dai motivi, come una nave che non governa se stessa viene spinta e trasportata dalla corrente.

¹⁾ Cfr. V. CATHREIN, *Moralphilosophie* vol. I. pag. 35: « Wer auf der Eisenbahn fährt ist sich klar bewusst, dass die Bewegung, die er mit dem Zuge macht, nicht von ihm ausgeht und auch gar nicht von seinem Willen abhängt. Er kann nach Belieben den Zug verlassen, aber solange er im Zuge bleibt, ist die Bewegung von seinem Willen unabhängig. Dagegen ist er sich klar bewusst, dass er an jeder Station aussteigen kann oder auch nicht, wie er will; dass ihm die Wahl frei steht, sich mit den Mitreisenden zu unterhalten oder in einem Buche zu lesen oder die Gegend zu betrachten welche der Zug befährt. Oder um ein anderes Beispiel zu gebrauchen: wir sind uns klar bewusst, dass der Blutumlauf, der Pulsschlag von unserem Willen unabhängig ist. Wenn ich dagegen an meinen Schreibtische sitze, so sagt mir das Bewusstsein ganz unzweideutig, dass ich das nicht mit Notwendigkeit tue, sondern frei, weil ich will und solange ich will ».

²⁾ DE MINTEGNIAGA, *La punibilità delle idee*. (trad. it. Bollani, Napoli 1906) pag. 27: « dove non c'è libertà, non ci può essere colpeabilità, dove manca la colpa, non può esservi delitto, nè merito, nè pena. Crimine, delitto, delinquente suonano lo stesso che azione imputabile, soggetto responsabile, implicano, pertanto, necessariamente, la idea di libertà ».

³⁾ *Sum. theol.* 1. q. 83. a. 1: « homo est liberi arbitrii: alioquin frustra essent consilia, exhortationes, praecepta, prohibitiones, praemia et poena.

Ad cujus evidentiam considerandum est, quod quaedam agunt absque iudicio; sicut lapis movetur deorsum; et similiter omnia cognitione carentia.

Quaedam autem agunt iudicio, sed non libero, sicut animalia bruta. In-

« Dira-t-on » soggiunge Mercier ¹⁾ « que la conscience du libre arbitre est une illusion ? Mais d'où vient que les déterministes les plus décidés en demeurent dupes ? Car il n'y a pas à le nier, la conscience de la liberté s'affirme obstinément.

« Singulier spectacle, écriit M. Balfour, celui de tout le genre humain qui se croit libre dans ses décisions, tandisque, en fait, si le déterminisme a raison, il n'y a absolument pas de liberté ; un observateur qui nous regarderait d'en haut s'amuserait fort à nos dépens ; il aurait surtout le plaisir à voir, au milieu de cette scène comique, une poignée de philosophes qui, sachant parfaitement que la doctrine abstraite du libre arbitre est une absurdité, se mêlent à la foule, à leurs heures d'hésitation et de délibération, tout comme s'ils avaient les croyances rudimentaires du sauvage ²⁾ ».

4. Già la Scuola aveva per assioma il noto principio del « *Nihil volitum nisi praeconitum* ».

Ora, ogni atto come ogni oggetto ci si presenta buono da una parte, deficiente dall'altra, ci si presenta come un bene reale se si vuole, ma come un bene imperfetto. Per ciò stesso, quando l'intelletto riflette a un atto o a un oggetto, se vede, se conosce che sotto un certo aspetto è bene il volerlo perchè qualche cosa di reale, vede e conosce parimenti che sotto altri riguardi è bene il non volerlo per il motivo che è deficiente, parziale, non perfetto. Dunque se la volontà può *volere* questo bene particolare che le si offre, può anche *non volerlo*, ossia è libera di volere o di non volere e quindi anche la supposizione che non siamo liberi in tutto ci conduce logicamente a riconoscere che siamo liberi in qualche cosa ³⁾.

Se dunque siamo liberi, siamo anche responsabili, abbiamo dei diritti, ma eziandio dei doveri che, ad onta della contraddizione, gli stessi deterministi invocano ogni qual volta occorra. Per lo meno si mostrino

dicat enim ovīs videns lupum, eum esse fugiendum, naturali iudicio, et non libero; quia non ex collatione, sed ex naturali instinctu hoc iudicat: et simile est de quolibet iudicio brutorum animalium. Sed homo agit iudicio: quia per vim cognoscitivam iudicat, aliquid esse fugiendum, prosequendum.

Sed quia iudicium istud non est naturali instinctu in particulari operabili, sed ex collatione quadam rationis, ideo agit libero iudicio, potens in diversa ferri. Ratio enim circa contingens habet viam ad apposita, ut patet in Dialecticis syllogismis et Rhetoricis persuasionibus. Particularia autem operabilia sunt quaedam contingentia, et ideo circa ea iudicium rationis ad diversa se habet, et non est determinatum ad unum. Et pro tanto necesse est, quod homo sit liberi arbitrii ex hoc ipso, quod rationalis est ».

¹⁾ MERCIER. *La Psychologie* (5 ed. Louvain 1899) pag. 406.

²⁾ BALFOUR. *The foundations of belief*, p. 21.

³⁾ MERCIER. l. c. pag. 403-409.

più coerenti, più logici nel loro sistema; essi primi mettano in pratica le conclusioni che seco porta necessariamente il determinismo, e allora potranno dire d'aver fatto un passo nella propaganda del loro ideale, umile del resto e punto degno di un essere razionale per essenza, quale l'uomo.

CONCLUSIONE

Qualunque autorità, per quanto legittima, non varrà mai ad indurre un'obbligazione morale che ripugni al giusto oggettivo.

Così il giusto oggettivo non è fattore sufficiente, senza l'autorità costituita, della forza obbligatoria della legge. L'autorità ed il giusto oggettivo sono due elementi che si esigono a vicenda e si completano: esagerare l'importanza dell'uno a scapito dell'altro ci porta a due eccessi opposti che snervano e snaturano il vero criterio normativo della legge, gettandoci in braccio all'assolutismo e abbandonandoci all'anarchia.

Ed è così che non si può abbracciare tutto l'ordine etico senza concepire il giuridico come una parte di quello, come non si può concepire l'ordine giuridico senza entrare nello stesso tempo sul terreno della morale, di cui il giusto oggettivo è termine.

Senza un ordine risultante dal dovere e dal diritto non v'ha relazioni sociali durevoli fra gli uomini. Ma dovere e diritto implicano una autorità sulla quale erigersi; l'autorità poi è incapace di creare veri doveri e veri diritti, se non è mediatamente o immediatamente un'autorità divina, ossia, se non è l'emanazione della volontà di Dio, come ordinatore e legislatore dell'universo. In altre parole possiamo dire che non vi è diritto senza dovere, nè può darsi dovere senza Dio ¹⁾.

I nostri tempi più che mai abbisognano di una base stabile per edificare qualche cosa di duraturo nel campo giuridico, abbisognano di principii necessari, che sono i principii metafisico-morali.

Facciamo dunque ritorno all'insegnamento filosofico-cristiano che pone nell'idea di Dio come creatore e come provvido ordinatore dell'universo, l'unico principio ontologico del mondo, l'unico centro e il fine dell'enciclopedia filosofica, che pone nella legge eterna di un Dio vivente, personale, l'ultima fonte obbiettiva, la norma immutabile di ogni diritto e di ogni dovere.

¹⁾ CARDINAL RAUSCHER, *Der Staat ohne Gott, Hirtenschreiben von 25 Januar 1865*: « Es gibt kein Recht ohne Pflicht, es gibt keine Pflicht ohne Gott ».

FONTI PRINCIPALI

- AHRENS, *Naturrecht* (Wien 1870).
ARISTOTELES, *Opera* (edit. Didot).
AUGUSTINUS S., *Patrologia latina* (Parisiis 1865).
AUSONIO FRANCHI, *Ultima critica* p. II (Milano 1891).
BALMES, *Protestantes. comparato al catt.*, vol. III, cap. 71.
BENTHAM, *Introduction to the principles of Moral and Legislation* (1789).
BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892).
BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre* (Freiburg i. B. 1898).
BISCHOF H. *Allgemeine Staatslehre* (Giessen 1860).
BOISTEL, *Philosophie du Droit* (Paris 1899).
BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1896).
CATHREIN V., *Recht, Naturrecht und posit. Recht* (Freiburg i. B. 1904);
Moralphilosophie (4. ed. Freib. i. B. 1904); *Aufgaben der Staatsgewalt und ihre Grenzen* (1882).
CICERO, *Opera*.
Civiltà catt., (serie II, vol. IV).
DAHN, *Der Begriff des Rechts* (1895).
DÖLLINGER, *Christenthum und Kirche* (Regensburg 1860).
DORNER A., *Das menschliche Handeln* (1899).
DÜRINGS E., *Unwelzung der Wissenschaft* (2 Aufl.).
ELTZBACHER P., *Über Rechtsbegriff* (Berlin 1900).
FARGES, *Révue thomiste* (mars 1902) pag. 82 ss.
FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Berlin 1845).
GILLET, *La Morale d'après Aristote* (Paris 1905).
GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrecht* (3 Aufl.).
GROPPALI, *Filosofia del diritto* (Milano 1906).
GROTIUS, *De jure belli ac pacis* (Amstellaed. 1702).
GUMPLOWICZ, *Allgemeines Staatswissenschaft* (Innsbruck 1897).
HARTMANN ED., *Phänomenologie des sittlichen Bewusstsein* (1879).
HERGENRÜTHER, *Gehorsam gegen die weltliche Obrigkeit und dessen Grenzen* (Freiburg. i. B. 1877).
HOBBS, *Elementa phil. de Cive* (Amstell. 1760).
HOLTZENDORFF'S *Encyklopädie der Rechtswissenschaft* (5 Aufl. 1890).
IHERING R. v., *Zweck im Recht* (1877); *Geist des röm. Recht* (5 Aufl. Leipzig 1891).
IELLINIK G., *Das Recht des modernen Staates* (Berlin 1900).
KANT, *Grundlegung zur Metaphys. der Sitten* (Opera IV. Ausg. Hartenstein).
KIRCHMANN, *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral* (Berlin 1869).
KÖHLER J., *Die Ideale im Recht, Archiv. für bürgerliches Recht* (Berlin 1891).

- LASSON, *System der Rechtsphilosophie* (1882).
- LEHMKUHL, *Der Gehorsam gegen die menschlichen Gesetze* (Stimmen aus M. Laach vol. 13).
- LIBERATORE M., *Filosofia del diritto* (Napoli 1878).
- LIESKER, *Ueber die Berechtigung der antimon. Tendenzen innerhalb der staatl. Gesellschaft* (Freiburg i. d. Schweiz 1899).
- LIPPS TH., *Die ethischen Grundfragen* (1899).
- LOTMAR PH., *Der Unmoralische Vertrag* (Leipzig 1896).
- MINTEGNIAGA (DE), *La punibilità delle idee* (Napoli 1906).
- MERCIER, *La Psychologie* (5 ed. Louvain 1899).
- MERKEL, *Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft*, in Holtzendorff's Encyklop. (1890).
- MEYER THEOD., *Institutiones juris naturalis* (Freiburg i. B. 1885-1900); *Grundsätze der Sittlichkeit und des Rechts* (Freiburg i. B. 1868).
- NEUCAMP, *Einleitung in die Entwicklungsgeschichte des Rechts* (1895).
- PETRONE I., *La fase recentiss. della Filosofia del diritto in Germania* (Pisa 1895).
- PIAT, *Socrate* (Paris 1900).
- PLATO, *Opera* (edit. Didot).
- POLLOK, *Principles of contract* (4 ed.).
- PROUDHON I. G., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise* (3 tom. Paris 1899).
- PUCHTA, *Kursus der Institutionen* (1841); *Pandekten* (6 Aufl.).
- PUFFENDORF, *De jure naturae et gentium* (1672).
- RAUSCHER, *Der Staat ohne Gott; Hirten schreiben vom 25 Iannuar* (1865).
- SAVIGNY, *System des heut. röm. Rechts* (Berlin 1840).
- SCHLOSSMANN, *Recht und Rechtssätze* (1892).
- SCHNEIDER W., *Göttliche Weltordnung und religionslose Sittlichkeit* (Paderborn 1900).
- SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates* (Tübingen 1905).
- SEITZ A., *Willensfreiheit und moderner psychologischer Determinismus* (Köln 1903) pag. 11.
- SOLARO DELLA MARGHERITA, *Avvenimenti politici* (picc. libr. rel. morale, scient. e lett. vol. IX, Napoli 1856).
- SPINOZA, *Tractatus theol. polit.* (Hamburg 1670); *Tract. politicus* (1677).
- STEIN L., *Autorität im schmollerschen Jahrbuch 26²* (Leipzig 1902).
- STAHL, *Philosophie des Rechts* (5. ed. Tübingen un Leipzig 1878).
- STAMMLER R., *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (Leipzig 1896).
- STEINBACH E., *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung* (Wien 1898).
- STUART MILL J., *System of Logic rat. and ind.* (Silver Library New-York 1900).
- TAINE, *Programme Jacobin* (Revue des Deux Mondes, 1^{er} mars 1883).
- TAPARELLI, *Saggio di dritto naturale* (Roma 1900).
- THOMAS S., *Summa theol.* (Patavii 1771).
- THOMASIIUS CH., *Fundamenta iuris naturae et gentium.*
- TRENDELENBURG, *Naturrecht* (2 ed. Leipzig 1873).
- ULRICI, *Naturrecht* (Leipzig 1873).

VOGELSANG-BREDA, *Betrachtungen über die Gesetze* (Kath. Stud. III Jahrgang 1877).

WALTER F., *Naturrecht und Politik* (Bonn 1871).

WEIL, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion* (Paris 1891).

WEISS M. A. *Apologie des Christenthums* (II Aufl. Freiburg i. B. 1892).

WUND, *Ethik* (2 Aufl.).

XENOPHON, *Memorabilia Socratis*.

